Die Anwartschaft
auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

von

Adolf Eisenmann

Gerichtsreferendar zu Frankfurt a. M.

Frankfurt a. M.
Druckerei Gebrüder Fey.
1921.

Die Anwartschaft
auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

von

Adolf Eisenmann

Gerichtsreferendar zu Frankfurt a. M.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Frankfurt a. M.
Druckerei Gebrüder Fey.
1921.

Referent:

Geheimrat Professor Dr. LEONHARD.

Literaturverzeichnis.

Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen. 1876.

Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des B.G.B. 1910.

Bernhöft, Binder, } Beiträge zur Auslegung des bürgerlichen Rechts. 1902.

Brecht, Bedingung und Anwartschaft in Jherings Jahrbücher 61, 263 ff.

Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. 1904.

Bothe, Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingung nach dem B.G.B. (Rostocker Dissertation 1899).

Büsing, Schutz des bedingten Rechtserwerbes (Schweriner Dissertation 1908).

Biermann, Kommentar zum B.G.B. (Dritte Auflage) 1914.

„ Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht in Fischers Abhandlungen, Band 8.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Chylharz, Resolutivbedingung. 1871.

de Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug. 1903.

Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts (4. Auflage). 1903.

Dernburg, Pandekten (6. Auflage). 1903.

Dirschke, Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung nach dem B.G.B. in Fischers Abhandlungen, Band 8.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2. Auflage). 1913.

Enneccerus, Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. 1871.

„ Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888.

„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (9./11. Auflage). 1913.

Enneccerus-Wolff, Sachenrecht (4. und 5. Auflage). 1909.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen nach bürgerlichem, Handels- und Prozessrecht. 1909.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (8. Auflage). 1903.

Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung. 1856.

Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen im Archiv für bürgerliches Recht, 34, 368 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.

Franke, Zeitbestimmung und Bedingung beim Erbbaurecht, im Recht, 1909, S. 531 ff.

Fuchs, Grundbuchrecht. 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 1912.

Goldmann, Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 B.G.B. anwendbar? In Gruchot 56, 161 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905.

Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1913.

Greiff, Reichsstempelgesetz vom 3. 7. 1913. 1914.

Heitsch, Die Verfügungsbeschränkungen des § 161 B.G.B. 1906.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
„ Grenzen der Rückwirkung.
Hellmann, Vorträge.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B. 1900.
Holtz, Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften (Rostocker Dissertation). 1904.
Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht in Jherings Jahrbüchern 48, 187 ff. 1904.
Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz (5. Auflage). 1915.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung (5. Auflage). 1916.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B., in Fischers Abhandlungen Band 7, S. 880 ff. 1900.
Kohler, 12 Studien zum B.G.B. IV: Vertrag und Uebergabe im Archiv für bürgerliches Recht 18, 1 ff.
„ Bürgerliches Recht. 1906.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des B.G.B. 1906.
Leonhard, Fr., Aufrechnung gegen eine Nichtschuld im Archiv für bürgerliches Recht 21, 171 ff.
„ Zukünftige und gegenwärtige Rechte im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 10, S. 140 ff.
„ Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Jherings Jahrbücher für Dogmatik 41, 1 ff.
Leonhard, Rudolf, Allgemeiner Teil des B.G.B. 1900.
„ „ Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 1909.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1902.
Langheinecken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Recht. 1903.
Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte.
Martinius, Wenn . . . . . nicht und wenn nicht in Gruchot 51 S. 503 ff.
von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des deutschen Reiches (3. Auflage). 1913.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. 1899.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe. 1888.
Neumann, Handausgabe des B.G.B. (6. Auflage). 1912.
Neumann, Max, Ueber die Rechtswirksamkeit von Verfügungen während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung. (Breslauer Dissertation). 1905.
Niedner, Bedingte Eigentumsübertragung und Vermieterpfandrecht in Deutscher Juristenzeitung 1907 S. 569 ff.
Oertmann, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse (3. u. 4. Auflage). 1910.
Plank, Kommentar zum B.G.B. (4. Auflage). 1913/14.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. 1898.
Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot in Deutscher Juristenzeitung 1908, S. 133.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1902.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.
Sieber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem B.G.B. in Fischers Abhandlungen Band 5.
von Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 1911.
Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich (7. Auflage). 1914.
Semeka, Das Warterecht im Archiv für bürgerliches Recht. S. 121 ff.

Sommer, Das bedingte Verbrechen. 1908.
Simeon, Das befristete Rechtsgeschäft. 1888.
von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. 1871.
Schott, über Veräusserungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht. 1905. (Breslauer Festgebe für Dahn).
Schulin, Resolutivbedingung. 1875.
Strohal, Grenzen der Urteilsrechtkraft bei betagter und bedingter Berechtigung. (Leipziger Festgabe für Degenkolb). 1905.
Skonietzki-Gelpke, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 1911.
Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich (11. Auflage). 1913.
„ Bedingte Prozesshandlungen in Deutscher Juristenzeitung 1913, S. 35 ff.
Stern, Die Gefahrtragung beim Kauf. (Marburger Dissertation). 1909.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (9. Auflage). 1907.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch (7. u. 8. Auflage). 1912/14.
Sternberg, Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung in Iherings Jahrbüchern 62, 377 ff.
Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen nach deutschem bürgerlichen Recht. 1911.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozessordnung (9. Auflage). 1910.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1918.
Thiele, Die Kündigung insbesondere bei Darlehen nach dem bürgerlichen Recht im Archiv für zivilistische Praxis. 89. 85 ff.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht (3. Auflage). 1906.
Wächter, Das schwebende Eigentum. 1871.
Wendt, Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. 1872.
Windscheid, Lehre von der Voraussetzung. 1850.
„ Die Wirkung der erfüllten Bedingung. 1851.
„ Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Auflage). 1900.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.
Wollstadt, Die auflösende Bedingung. (Heidelberger Dissertation). 1908.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für zivilistische Praxis.
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik.
Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess (Fischer).
Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Goldschmidt: Zeitschrift für Handelsrecht.

Stoffeinteilung.

A. **Der Begriff Bedingung.** Seite

I. Bedingung im Sinne des täglichen Lebens 1
II. Bedingung im Sinne des Gesetzes 1
III. Bedingung im juristisch-technischen Sinne 2
IV. Grenzfälle 3
A. Bedingung und condicio juris 3
B. Bedingung und Vertragsstrafe bew. Reugeld 4
C. Bedingung und Befristung 5

B. **Wo können Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb vorkommen?**

I. Die Antwartschaften entstehen aus bedingten Rechtsgeschäften . . 7
II. Das Vorkommen bedingter Rechtsgeschäfte 8
A. Grundsätzliche Untersuchungen 8
B. Bedingte Rechtsgeschäfte des Privatrechts 12
C. Bedingte Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts 14
III. Die Entstehung der Anwartschaft aus dem bedingten Rechtsgeschäft 16

C. **Arten der Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.**

I. Anwartschaften des öffentlichen Rechts 18
II. Anwartschaften des Privatrechts 18
A. Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte 19
B. Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte 19

D. **Zusammenstellung der ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen über die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.**

I. Allgemeine Erwägungen 22
II. Deren Ergebnisse 24
A. Rechtliche Bindung während der Schwebe 24
B. Sicherstellung 24
C. Vermögenswert 26

E. I. **Die Rechtsnatur der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb** 27

II. **Die Rechtsnatur der Sicherungen für die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.**

A. Allgemeines 33
B. Bürgschaft 34
C. Hypothek 35
D. Pfandrecht 36
E. Vormerkung 36

F. **Inwieweit finden die einzelnen für die Rechte geltenden Normen Anwendung auf die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb?**

I. Privatrecht:
A. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte 40
B. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte 71
II. Oeffentliches Recht:
A. Zivilprozess 79
B. Konkurs 87
C. Zwangsversteigerung 89
D. Steuer- und Stempelrecht 90

G. **Ueber verschiedene Arten von Anwartschaften** 91

A. Der Begriff Bedingung.

I. Bedingung im Sinne des täglichen Lebens.
II. Bedingung im Sinne des Gesetzes.
III. Bedingung im juristisch-technischen Sinne.
IV. Grenzfälle.
a) Bedingung und condicio juris.
b) Bedingung und Vertragsstrafe bezw. Reugeld.
c) Bedingung und Befristung.

I. Das Wort Bedingung, wie wir es im täglichen Leben gebrauchen, ist vieldeutig. Wir sprechen von den Bedingungen des Waffenstillstandes und des Friedens, auch von den Bedingungen des Wiederaufbaues der deutschen Wirtschaft und den bei Aufnahme in ein Freiwilligenkorps zu erfüllenden Bedingungen. Auf diese mannigfachen Bedeutungen einzugehen, würde zu weit führen. Hier kommt nur in Betracht, in welchem Sinne Gesetz und Wissenschaft das Wort Bedingung gebrauchen.

II. Aehnlich vieldeutig wie in der Sprache des täglichen Lebens ist der Begriff Bedingung im Gesetz.[1]) Im untechnischen Sinne wird das Wort Bedingung zur Bezeichnung aller Bestimmungen gebraucht, welche den Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausmachen.[2]) Das Gesetz spricht von Versteigerungsbedingungen (Z.V.G. § 44) und von Geschäftsbedingungen[3]) (Börsengesetz § 50 Abs. 2); Art. 2 Abs. 2 der Berner Konvention[4]) sagt: „Der Genuss dieser Rechte ist von der Erfüllung der Bedingungen[5]) abhängig, welche durch die Gesetzgebung des Ursprungslandes des Werks vorgeschrieben sind." Im gleichen oder ähnlichen Sinne findet sich der Begriff Bedingung in einer ganzen Reihe von internationalen Verträgen, die sich an die Berner Konvention anschliessen. Weiter heisst es in der Verordnung über den Tarifvertrag[6]): „Sind die Bedingungen für den Abschluss von Arbeitsverträgen . . . . . durch schrift-

[1]) Motive I, Seite 250.
[2]) v. Tuhr II, 2 § 80.
[3]) vgl. R.G. in Jur. Woch. 09, 453.
[4]) Uebereinkunft betr. die Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. 9. 86 und 13. 11. 1908.
[5]) Besser sagt § 23 Abs. 3 des Ges. z. Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. 5, 94: „Die Eintragung ist nur zulässig, wenn das Zeichen den Anforderungen dieses Gesetzes entspricht.
[6]) Verordnung v. 23. 12. 18 R.G.Bl. 1918, Seite 1465.

lichen Vertrag geregelt (Tarifvertrag usw.)." Die Gewerbeordnung sagt in § 19: „Auf Grund dieser Prüfung ist die Genehmigung zu versagen oder unter Festsetzung der sich als nötig ergebenden Bedingungen zu erteilen"; endlich sagt § 387 H.G.B.: „Schliesst der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm vom Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu statten." In allen diesen Fällen ist der Begriff Bedingung zwar von Juristen und in juristischem Zusammenhang, aber ganz im untechnischen Sinne des täglichen Lebens angewandt.

III. Nach § 158 B.G.B. tritt „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein". Hier ist das Wort Bedingung im juristisch-technischen Sinne gesetzt. Die Willkür des Urhebers des Rechtsgeschäfts bringt die rechtliche Geltung seiner im übrigen bestimmten Willenserklärung in Verbindung mit der Verwirklichung einer gesetzten Möglichkeit: die rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts sind hinausgeschoben: ob sie eintreten oder nicht, darüber entscheidet ein Ereignis, das z. Zt. des Abschlusses des Rechtsgeschäfts ungewiss und zukünftig ist. Diese Ungewissheit des zukünftigen Ereignisses ist das eine notwendige Erfordernis des Begriffs Bedingung im juristisch-technischen Sinne. Das andere Erfordernis ist, dass die Bedingung durch Privatwillkür dem Rechtsgeschäft beigefügt ist, d. h. dass das ungewisse Ereignis nach dem Willen der Parteien, nicht schon von Rechtswegen, für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bestimmend ist.

Dieser Begriff der Bedingung, wie er eben abgeleitet worden ist, ist der von der juristischen Theorie angenommene und festgelegte. Eine Legaldefinition fehlt;[1]) das B.G.B. hat diesen Begriff als aus dem gemeinen Recht bekannt vorausgesetzt und die Kommentare und Lehrbücher haben ihn gleichfalls von da übernommen. So definiert Endemann[2]) die Bedingung als „die dem Tatbestand des Rechtsgeschäfts durch Parteiwillen eingefügte Voraussetzung, wodurch der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird." Enneccerus[3]) sagt: „Bedingung nennen wir die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstande abhängig gemacht wird." Diese letztere Definition erscheint deswegen zutreffender, weil durch sie nicht nur die durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft getroffene, sondern jede willentliche Bedingung eingezogen wird, durch die eine Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängen soll. Im B.G.B. kann freilich nur von bedingten Rechtsgeschäften die Rede sein, weil das B.G.B. nur Privatrecht behandelt und weil, wie später gezeigt werden wird, grundsätzlich nur

[1]) Definitionen weisen auf: code civil art. 1168, das Oesterr. Allg. B.G.B. § 696 sowie das Preuss. Allg. Landr. I, 4, 100, Schweizer Gesetz über Obligationenrecht Art. 171.

[2]) Endemann I, 374.

[3]) Enneccerus I, S. 448.

Rechtsgeschäfte Bedingungen vertragen. Man spricht aber auch im öffentlichen Recht von Bedingungen.

Im juristisch-technischen Sinne gebrauchen den Begriff Bedingung:

das gesamte B.G.B.,
die gesamte K.O. (z. B. §§ 54, 66, 67, 96, 154, 156, 168, 171),
das Besitzsteuergesetz § 42,
das Erbschaftssteuergesetz §§ 21, 22,
die Z.P.O. (z. B. §§ 844, 916).

IV. Ungenau ist die Ausdrucksweise des § 462 Z.P.O.: „In dem bedingten Urteil ist die Eidesnorm und die Folge der Leistung sowohl als der Nichtleistung des Eides . . . . . festzustellen." Bedingt ist hier nicht das Urteil; dieses ist vielmehr schlechthin gültig, bedingt sind lediglich die weiteren Rechtsfolgen, die von dem zukünftigen ungewissen Verhalten des Schwurpflichtigen abhängen.

Man spricht auch von einem bedingten Arrest [1]). Mit diesem ist nicht etwa der nach § 916 Abs. 2 Z.P.O. zulässige Arrest für eine bedingte Forderung gemeint, sondern ein Arrest, der nur vollzogen werden darf, falls die angeordnete Sicherheitsleistung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird [2]). Die Bezeichnung bedingter Arrest ist ungenau; die Rechtslage ist ähnlich wie beim bedingten Urteil; nicht der Arrest ist bedingt, sondern die Vollziehung, die von einem ungewissen zukünftigen Verhalten, der Sicherheitsleistung, abhängig gemacht ist.

Trotz der gegebenen scharfen Formulierung des Bedingungsbegriffes kommen doch Fälle vor, in denen es zweifelhaft ist, ob eine Bedingung vorliegt. Es werden zudem Fälle, die dem Wortlaut nach unter diesen Begriff fallen, juristisch-technisch nicht als Bedingung aufgefasst. Hierher gehören die condicio juris, Vertragsstrafe und Reugeld.

A. Bedingung und condicio juris.

Ich setze Jemand als Erben ein, wenn ich sterbe, oder ich verpflichte mich, Jemandem das Eigentum an meinem Landhaus zu übertragen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist. Hier liegt nur scheinbar eine Bedingung vor, in Wirklichkeit ist das Geschäft schon seiner Natur oder seinem Gegenstande nach oder kraft besonderer Rechtsvorschrift von dem Eintritt der als Bedingung gesetzten Tatsache abhängig. Auch ohne Hinzufügung dieser „Bedingung" würde das Geschäft erst durch ihren Eintritt wirksam werden bezw. der gewollte Erfolg eintreten; die ausdrückliche Erwähnung einer Rechtsbedingung bei dem Rechtsgeschäft ist bedeutungslos [3]).

---

[1]) Gaupp-Stein § 921, Bem. III.

[2]) Nach § 921 Z.P.O. kann das Gericht die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig machen; es wird daraus gefolgert, unter entsprechender Anwendung des § 751 Z P.O. könne auch ein bedingter Arrest sofort erlassen werden, indem der Arrest sofort ausgesprochen, die Vollziehung aber von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werde. Vergl. O.L.G. Hamburg, Entsch. v. 18. 4. 03 (Seuf. Arch. 59, Nr. 24).

[3]) Enneccerus, § 181. II.

Ein weiterer Grenzfall wäre folgender: Ein Rennstallbesitzer sagt zu seinem Trainer: „Wenn mein Pferd das Rennen gewinnt, bekommen Sie M. 1000!“ Zur Beurteilung dieses Versprechens wird wohl zu unterscheiden sein, ob der Rennstallbesitzer die Erfüllung bereits vor Beginn des Trainings oder vor Beginn des betreffenden Rennens abgibt. Im ersteren Falle wird in analoger Anwendung des oben Gesagten eine condicio juris, ein gegenseitiger Vertrag als vorliegend zu erachten sein; im zweiten Falle ist der Sachverhalt insofern anders, als der Vertragsgegner nicht mehr in der Lage ist, irgend etwas seinerseits zur Erfüllug zu tun; die Erklärung dürfte daher wohl als bedingtes Schenkungsversprechen zu betrachten sein, sofern sie nicht etwa als Gegenleistung für bereits geleistete Dienste anzusehen wäre. Die Unterscheidung hat insofern praktische Folgen, als im ersten Falle der Trainer auf Erfüllung klagen könnte, während im zweiten Falle eine Klage an der mangelnden Schriftform des Schenkungsversprechens scheitern würde.

B. Bedingung und Vertragsstrafe bezw. Reugeld.

Beispiele:

a) Ich verpflichte mich, M. 1000 Reugeld zu zahlen, wenn ich meine Nennung zum Rennen zurückziehe.

b) Die Baufirma verpflichtet sich, den Bau bis zum 1. 1. 1920 fertigzustellen und für jeden Tag späterer Fertigstellung M. 100 Vertragsstrafe zu zahlen.

Nach dem Wortlaut der oben gegebenen Definition wären diese Ansprüche bedingt: Der Verfall des Reugeldes und der Vertragsstrafe sind offenbar abhängig von einem ungewissen zukünftigen Ereignis, das auch willentlich eingefügt worden ist.

Der wesentliche Unterschied zwischen bedingtem Versprechen und Vertragsstrafe ist nicht der, dass die Ansprüche auf die letztere nur neben einem Hauptanspruch bestehen können; denn das kann der bedingte Anspruch auch[1]). Der wesentliche Unterschied ist vielmehr folgender:

Der Anspruch auf Vertragsstrafe ist nur in zweiter Linie, sekundär, gewollt; in erster Linie wollen die Parteien die Vertragsstrafe vermeiden. Bei dem bedingten Anspruch aber ist dieser — wenn auch natürlich bedingt — primär gewollt[2]). Die Grenze zwischen Vertragsstrafe und bedingtem Versprechen ist jedoch flüssig: „Ich werde Dir M. 1000 zahlen, wenn ich ein Konkurrenzunternehmen eröffne.“ Das kann ein bedingtes Schenkungsver-

[1]) Z. B. X kauft ein Grundstück; falls die geplante Eisenbahn genehmigt wird, soll sich der Kaufpreis um M. 10 000 erhöhen.

[2]) Dies gilt jedoch nur für die eigentliche (akzessorische) Vertragsstrafe; in den Fällen des bedingten selbständigen Strafversprechens, wie sie § 343 Abs. 2 B.G.B. im Auge hat, trifft dies nicht zu, da hier die Strafe in obligatione, die Leistung, Handlung oder Unterlassung, zu der eine Verpflichtung nicht übernommen, die nicht geschuldet und zu deren Vornahme auch keine gesetzliche Verpflichtung besteht, nur in condicione ist (vergl. Rehbein II, S. 226, II, 6). Im Gegensatz dazu bleibt bei der akzessorischen Vertragsstrafe die Strafabrede Nebenabrede, die erst in zweiter Linie verlangt werden soll, während die Hauptverpflichtung in obligatione bleibt.

sprechen sein, aber auch die Abrede einer Vertragsstrafe zu dem nicht ausgesprochenen Obersatz: „Ich verpflichte mich, kein Konkurrenzunternehmen zu eröffnen.“ Staudinger [1]) sieht in beiden Fällen bedingte Rechtsgeschäfte, auf die die Rechtssätze der §§ 158 ff. B.G.B. Anwendung finden sollen. Er kommt aber dann zu dem Ergebnis, dass diese Anwendbarkeit bei Vertragsstrafe bezw. Reugeld eine sehr beschränkte ist, da fast sämtliche grundlegenden Vorschriften nicht angewandt werden könnten.

Gegen die Ansicht Staudingers dürfte vor allem § 162 B.G.B. sprechen, wonach der Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert werden kann. Bei Vertragsstrafe und Reugeld ist aber, um mit Staudingers eignen Worten zu reden, „die Absicht der Parteien stets darauf gerichtet, dass die Bedingung nicht eintreten soll.“ Der Eintritt der Bedingung kann hier nicht wider Treu und Glauben verhindert werden, da gerade der Zweck des Strafversprechens der ist, den Eintritt der unter Strafe gestellten Möglichkeit zu verhindern.

Methodisch richtiger scheint es allerdings, die Vertragsstrafe im Rechtssystem neben die Bedingung zu stellen, wie es das schweizerische Zivilgesetzbuch tut, das die Vertragsstrafe als besondere Rechtserscheinung unmittelbar hinter der Bedingung regelt [2]).

C. Bedingung und Befristung.

Der Unterschied zwischen Bedingung und Befristung wurde schon von den römischen Juristen gefunden, sie unterschieden:

dies certus an et quando,
dies certus an, incertus quando,
dies incertus an, certus quando,
dies incertus an, incertus quando.

Die beiden letztgenannten sind die bedingten Geschäfte [3]). Befristetes Geschäft ist ein solches, dessen Wirkungen erst in einem Zeitpunkt beginnen (Anfangstermin) oder in einem Zeitpunkt endigen (Endtermin) [4]). Das erstere entspricht der aufschiebenden, das letztere der auflösenden Bedingung. Der wesentliche Unterschied zwischen Bedingung und Befristung ist dabei der, dass der Eintritt des betreffenden Ereignisses beim befristeten Anspruch sicher, beim bedingten unsicher ist [5]). Gleichwohl finden sich Zweifelsfälle, z. B.: „Kaufen Sie für M. 10 000 5% Preussische Konsols limit 94.“ Hier ist das Geschäft bedingt durch die Erreichung des Limits, befristet durch die Börsenusance, nach der jedes Limit binnen einer bestimmten Zeit erlischt. Befristung plus Bedingung ist überhaupt sehr häufig. Im Vertrag wird sie regelmässig durch die Worte eingeleitet: „spätestens aber . . . . .“ In einem solchen Falle

[1]) Staudingers Vorbem. II zu den §§ 339—345.
[2]) Schweiz. Ziv.Ges.B. Art. 158—163.
[3]) Rehbein I, S. 241, Leonhard, Allgem. Teil, § 91, Staudinger zu § 163 Bem. 1.
[4]) v. Tuhr II, 2 § 83.
[5]) Langheinecken S. 53 ff.

dauert die Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung, deren Termin ungewiss ist, spätestens aber bis zum Eintritt der Befristung, die gewiss ist. Hieraus folgt weiter, worüber noch später zu reden sein wird, dass die Anwartschaft also ausser durch den Eintritt oder Ausfall der Bedingung auch durch Fristablauf beendet werden kann und zwar

1. indem sie abstirbt (bei nicht erreichtem Limit) oder
2. indem sie zum Vollrecht erstarkt (Lieferung soll bei Abruf, spätestens aber am 1. 10. erfolgen).

Soviel über den Begriff der Bedingung. Bezüglich ihrer Arten unterscheidet man in der Literatur verschiedene, von denen jedoch praktische Bedeutung [1]) lediglich die Zweiteilung in aufschiebende und auflösende Bedingungen geniesst. Die erstere — auch Anfangsbedingung genannt — besagt, dass die Wirkung der Willenserklärung einstweilen noch aufgeschoben sein und dass vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhängen soll, ob das Geschäft zur Wirkung gelangt oder nicht; die zweite — Endbedingung genannt — besagt, dass zunächst die Wirkung vollständig wie beim nicht bedingten Geschäft eintreten soll, dass diese Wirkung aber mit Eintritt der Bedingung aufhören, mit dem Ausfall der Bedingung unbedingt weiterbestehen soll. Diese ist die auflösende, jene die aufschiebende Bedingung. Allein von der aufschiebenden Bedingung soll im folgenden die Rede sein.

[1]) Motive Bd. I, S. 250.

B. Wo können Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb vorkommen?

I. Die Anwartschaften entstehen aus bedingten Rechtsgeschäften.

II. Das Vorkommen bedingter Rechtsgeschäfte. Bedingungsfeindlichkeit.
   a) grundsätzliche Untersuchungen.
   b) bedingte Rechtsgeschäfte des Privatrechts.
   c) bedingte Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts.

III. Die Entstehung der Anwartschaft aus dem bedingten Rechtsgeschäft.

Vorbemerkung: Das Gesetz spricht von bedingten Ansprüchen, Forderungen, Verbindlichkeiten, Rechten usw. (§§ 765 Abs. 2, 883 Abs. 1, 1204 Abs. 2, 1113 Abs. 2 B.G.B. usw., § 54 K.O. usw.). Dieser Ausdruck ist aber ungenau, denn wie später gezeigt werden wird, besteht während der Schwebe noch kein Recht, kein Anspruch, kein Eigentum usw., sondern nur eine „Anwartschaft."

Wieder wäre es falsch, von „bedingten Anwartschaften" zu sprechen, denn die Anwartschaft selbst ist nicht bedingt, sondern nur ihr Ziel: der Rechtserwerb.

Auch wäre es ungenau, von „Anwartschaften bei aufschiebenden Bedingungen" zu sprechen. Es wird später zu zeigen sein, dass bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften — z. B. einer aufschiebend bedingten Kündigung — unter Umständen das Ziel des Rechtsgeschäfts die Auflösung eines Rechts ist.

Die beste Bezeichnung scheint mir daher: „Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb."

I. Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb können nur da vorkommen, wo aufschiebende Bedingungen vorkommen können. Daher ist die Frage, wo überhaupt Bedingungen vorkommen, zuerst zu prüfen.

Zunächst ergibt sich aus der oben gegebenen Definition folgende begriffsmässige Einschränkung: Bedingungen können, da sie willentlich beigefügt werden, nur vorkommen, wo der betreffende Rechtsbegriff einen Willen voraussetzt. Daraus folgt, dass Rechtshandlungen und Rechtstatsachen nicht bedingt sein können. Denn sie setzen keinen Willen voraus: vielmehr knüpft hier die Rechtsordnung an einen Tatbestand eine Rechtsfolge, ohne

dass dieser Erfolg vom Handelnden gewollt zu sein braucht [1]). Hierher gehören Gründung eines Wohnsitzes, Verarbeitung und Vermischung, ferner die Rechtsbegriffe natürliche Person, Sache, Frucht, Verwandschaft usw. Bei all diesen sind Bedingungen undenkbar.

Man kann sogar umgekehrt schliessen und sagen: die Möglichkeit der Hinzufügung einer Bedingung ist ein Prüfstein dafür, ob ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung vorliegt. So löst sich die umstrittene Frage, zu welcher der beiden Gruppen die Verzeihung, durch die das Recht auf Scheidung erlischt (§ 1570 B.G.B.), zu rechnen ist. Entscheidend ist auch hier, ob zur Verzeihung ein Wille erforderlich ist, ob also die Möglichkeit einer bedingten Verzeihung gegeben ist. Verzeihung durch die Tatsache des Geschlechtsverkehrs und weiteren Zusammenlebens kann nicht bedingt sein, sie ist eine Rechtshandlung, kein Rechtsgeschäft. Denkbar ist aber auch eine bedingte Verzeihung: „Ich verzeihe Dir, wenn Du usw." Diese Verzeihung muss also ein Rechtsgeschäft sein.

II. A) Es wäre aber ganz irrig, anzunehmen, dass überall, wo hiernach begrifflich Bedingungen denkbar sind, auch rechtlich Bedingungen zulässig seien. Zunächst enthält ja das Gesetz selbst eine Reihe ausdrücklicher Verbote, z. B. Auflassung § 925 Abs. 2, Annahme und Ausschlagung von Erbschaft und Vermächtnis §§ 1947, 2180 Abs. 2, Eheschliessung § 1317 Abs. 2, Adoption § 1742, Aufrechnung § 388 B.G.B., Prokura § 50 H.B.G., Aktienzeichnung § 189 H.G.B. u. a. m. Aber darüber hinaus müssen noch andere rechtliche allgemeine Schranken bestehen. Niemand wird z. B. bezweifeln, dass ein Scheidungsurteil nicht unter der Bedingung erlassen werden kann, dass der Anwalt des Klägers seine fehlende Vollmacht nachbringe. Und doch ist ein derartiges Urteil nirgends ausdrücklich im Gesetz verboten. Es ergibt sich daher die Notwendigkeit, die allgemeinen Rechtsgrundsätze aufzuspüren, aus denen im Einzelfall die Bedingungsfeindlichkeit geschlossen werden kann.

Um es vorweg zu nehmen: unsere Untersuchungen werden ergeben, dass diese Bedingungsfeindlichkeit nur im Wege der Analogie aus den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Rechts im Hinblick auf Zweck und Art des gerade fraglichen Rechtsinstituts geschlossen werden kann. Demgegenüber wird ständig — meist gedankenlos — in der Literatur bald von diesem, bald von jenem Rechtsgeschäft behauptet, es vertrage „an sich", „seiner inneren Natur nach", „per se", „begriffsmässig" keine Bedingung. Diese naturrechtliche Auffassung, die die Quelle aller Verwirrungen über die Lehre von der Bedingungsfeindlichkeit ist, ist zu verwerfen.

Ein einfaches Beispiel zeigt sofort, dass die Bedingungsfeindlichkeit stets nur allgemeinen Grundsätzen des betreffenden Rechtssystems entspringen, nie dem Rechtsgeschäft als solchem anhaften

[1]) Enneccerus, Lehrbuch § 128.

kann. Nichts ist wohl bei uns so bedingungsfeindlich wie der Eheschluss. Kein Jurist käme auf den Gedanken, dass man bei uns eine Ehe bedingt schliessen könnte, auch wenn das Verbot des § 1317 Abs. 2 B.G.B. nicht im Gesetz stände. Warum soll aber in einem Lande, in dem man sich etwa eine Frau kaufen kann, nicht auch eine bedingte Ehe möglich sein? Die Bedingungsfeindlichkeit der Ehe könnte daher bei uns, wenn das ausdrückliche Verbot fehlte, nur aus unseren bestimmten Grundsätzen über Gültigkeit und Ungültigkeit einer Ehe, insbesondere aus den §§ 1323 ff. B.G.B. geschlossen werden.

Die genauere Untersuchung zeigt, dass auch in jedem einzelnen Rechtssystem der Grad der Bedingungsfeindlichkeit von der jeweiligen Stufe der Rechtsentwicklung abhängt.

Der Abschluss eines bedingten Rechtsgeschäfts setzt von vornherein eine gewisse Entwicklung des Rechtsempfindens voraus. Ein in den allerersten Anfängen steckendes primitives Recht wird daher nur Rechtsgeschäfte kennen, bei denen Abschluss, Leistung und Rechtswirkung zusammenfallen (Tauschgeschäfte der Naturvölker) [1]). Sind aber erst einmal Bedingungen zugelassen worden, so zeigt sich oft gerade in jungen Rechten eine Neigung zu allerhand Klauseln und Bedingungen; die Entwicklung verläuft keineswegs gleichmässig.

Bruck, Seite 3—5, hat es m. E. vergeblich unternommen, zu zeigen, dass im römischen Recht die Zulassung von Bedingungen ch erst allmählich durchgesetzt habe. Als wesentliche Belegstelle für diese Behauptung führt er l. 6 C. 4, 37 an: „de societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest.“ Diese Stelle beweist jedoch nichts, denn die Zweifel, die damals bestanden, sind auch heute noch vorhanden; aus ihr geht lediglich hervor, dass auch bereits die alten Juristen diese Schwierigkeit erkannt hatten.

Speziell im römischen Recht ist für die manumissio testamento das Vorkommen der Bedingung schon für die zwölf Tafeln erwiesen. (Ulp. fr. II, 4) [2]). Auch der Sponsionsprozess, der zur Ergänzung des Legisaktionsprozesses diente und jedenfalls älter ist als der Formularprozess, beruhte auf bedingten Stipulationen: auf dem formalen Versprechen (sponsio) einer Geldsumme für den Fall, dass die Behauptung des Gegners sich als wahr erweise [3]). Demnach sind bedingte Versprechen schon z. Zt. des strengen Zivilrechts anerkannt gewesen [4]). Doch kann das prak-

[1]) Vergl. die folgenden Ausführungen über die Mancipatio.

[2]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 334.

[3]) Sohm, S. 253.

[4]) Gegen diese Auffassung wird vielfach die bekannte Stelle Gaj. III § 146: . . . . . iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint . . . . . angeführt, aus der hervorgehen soll, dass Miete und Kauf eine Bedingung nicht zulassen (vergl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 20.)

Aus dem Zusammenhang ergibt sich aber, dass der Zweifel, den Gajus als nunmehr aufgegeben bezeichnet, sich nicht darauf bezog, ob überhaupt Kauf- oder Mietverträge bedingt abgeschlossen werden könnten, sondern darauf,

tische Anwendungsgebiet der Bedingungen nicht sehr gross gewesen sein, da im älteren römischen Recht als wichtigste Form der Rechtsgeschäfte die manciptio und die in jure cessio vorherrschend sind, die beide weder Bedingung noch Befristung vertrugen. [1]) Die mancipatio des Käufers stellt die vor Zeugen vollzogene Tatsache fest, dass er soeben die gekaufte Sache gegen den Kaufpreis empfangen habe. Die in jure cessio ist ihrer Fassung nach lediglich Behauptung einer gegenwärtigen Tatsache, nicht Ausdruck eines auf die Zukunft gerichteten Willens, also gleichfalls bedingungsfeindlich.

Im klassischen römischen Recht waren bedingungsfeindlich die sogenannten actus legitimi gemäss L. 77 D. de reg. jur. (50. 17):

> Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem.

Warum gerade diese actus legitimi bedingungsfeindlich waren, ist nicht recht einzusehen [2]); die Schriftsteller, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, sind zu verschiedenen, die Frage aber nicht lösenden Ergebnissen gelangt.

Es würde zu weit führen, die historische Betrachtung, die sich unschwer weiter verfolgen liesse und manches interessante Moment zeitigen würde, hier weiter auszudehnen [3]); zusammenfassend ergibt sich aus ihr ebenso wie aus den vorangestellten allgemeinen Erwägungen, dass die Bedingungsfeindlichkeit nicht eine „der Natur" eines Rechtsgeschafts anhaftende Eigentümlichkeit ist, sondern dass sie durchaus von der Art und Entwicklungsstufe des einzelnen Rechtssystems abhängt. Sie kann also für unser geltendes Recht nur im Wege der Analogie gefunden werden.

Hierbei ist selbstverständlich von den ausdrücklichen gesetzlichen Bedingungsverboten auszugehen. Diese sind:

§ 388 B.G.B. Verbot der bedingten Aufrechnung.
§ 925 B.G.B. Verbot der bedingten Auflassung.
(bisher) § 1017 II B.G.B. Verbot der Uebertragung des Erbbaurechts, (vergl. Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919 § 1, Abs. 4: Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden).
§ 1317 II B.G.B. Verbot des bedingten Eheschlusses.

---

ob vom Ausfall der Bedingung abhängig gemacht werden könne, ob der Vertrag als Miete oder als Kauf anzusehen sei.

Der Nachdruck ist auf das Wort „aut" zu legen.

[1]) Enneccerus, Lehrbuch S. 499.

[2]) So auch Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 21. Ihering (Geist, § 47a, S. 592) und Hölter (Krit. Viert. Jahr. Schr. XVI, 236) erblicken einen gemeinsamen Grund in der „formalen Natur" der actus legitimi. Nach einem inneren Grunde suchen auch Scheurl und Elvers (a. a. O. S. 302 bezw. die röm. Serv. Lehre 1856, S. 179 ff.)

[3]) Vergl. die in Anm. 2 voriger Seite genannten.

§ 1598 II B.G.B. Verbot der bedingten Anerkennung der Ehelichkeit.
§ 1742 B.G.B. Verbot der bedingten Adoption, sowie
§ 1768 I B.G.B. Verbot der bedingten Aufhebung derselben.
§ 1947 B.G.B. Verbot der bedingten Erbannahme.
§ 2180 II B.G.B. Verbot der bedingten Annahme eines Vermächtnisses.
§ 2202 II B.G.B. Verbot der bedingten Annahme und Ausschlagung des Amtes eines Testamentsvollstreckers.
§ 50 H.G.B. Unwirksamkeit der Beschränkungen einer Prokura gegenüber Dritten.
§ 189 H.G.B. Unwirksamkeit der Beschränkungen bei Aktienzeichnungen.
§ 16 I G.B.O. Anträge mit Vorbehalten sollen nicht vollzogen werden [1]).

Bei näherem Zusehen ergibt sich, dass die genannten Bedingungsverbote in zwei Gruppen zerfallen: die erste umfasst die familienrechtlichen Verbote, die zweite diejenigen, die Rechtsklarheit schaffen sollen.

Zur ersten Gruppe gehören: Eheschliessung, Anerkennung der Ehelichkeit, Adoption und deren Aufhebung. Sie entsprechen dem oft wiederkehrenden Grundgedanken des Gesetzes, dass aus sittlichen Gründen bei familienrechtlichen Verhältnissen möglichst keine Ungewissheit, keine Schwebe herrschen soll [2]). Diese Vorschriften sind einer analogen Anwendung ausserhalb des Familienrechts nicht fähig.

Zur zweiten Gruppe gehören: Auflassung, Uebertragung eines Erbbaurechts, Annahme und Ausschlagung einer Prokura, Aktienzeichnung, Anträge an das Grundbuchamt, Annahme und Ausschlagung des Amts als Testamentsvollstrecker. Die Mehrzahl dieser Gruppe will Rechtsklarheit im öffentlichen Interesse. Es sind dies:

a) Auflassung und Uebertragung eines Erbbaurechts. Hier soll im Interesse eines sicheren und klaren Grundstücksverkehrs ein Schwebezustand unstatthaft sein. Hierher gehört auch § 16 I Grundb.-Ordnung, der insbesondere auch wegen der Frage des Zeitpunkts des Eingangs eines Grundbuchantrags Bedingungen verbietet;

b) ähnliches gilt für Annahme und Ausschlagung des Amtes als Testamentsvollstrecker. Im Interesse der Rechtssicherheit werden Bedingungen ausgeschlossen; wer zum Testamentsvollstrecker bestellt ist, soll auch endgültig jedem Dritten gegenüber zu den Geschäften eines Testamentsvollstreckers legitimiert sein;

---

[1]) Es unterliegt keinem Zweifel, dass die „Beschränkungen" des H.G.B. und die „Vorbehalte" der Grundbuchordnung Bedingungen mitumfassen: Diese Ausdrücke umschliessen jedes Hindernis einer sofortigen Wirksamkeit des betr. Rechtsgeschäfts, nicht nur die Abhängigkeit von einem zukünftigen ungewissen Ereignis.

[2]) Vergl. z. B. §§ 1571 I, 1594 Abs. 1 I B.G.B., 616 Z.P.O.

c) bei der Aktienzeichnung sind Bedingungen verboten, damit die nach aussen als mit einem bestimmten Kapital ausgestattet auftretende Aktiengesellschaft auch nach innen unter allen Umständen den entsprechenden Rückgriff gegen ihre Aktionäre habe. Der Gesichtspunkt der Sicherheit des Handelsverkehrs ist auch für die Unwirksamkeit von Beschränkungen bei der Prokura massgebend; diese ist aber nicht schlechthin bedingungsfeindlich; im Innenverhältnis des Chefs zum Prokuristen sind Bedingungen statthaft, nur versagt das Gesetz im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit diesen Bedingungen die Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten.

Den genannten Verboten ist ein Grundgedanke gemeinsam: im öffentlichen Interesse soll die Klarlegung eines bestimmten Rechtsverhältnisses erzwungen werden; deshalb werden Schwebezustände, wie sie Bedingungen mit sich bringen, ausgeschlossen. Das ist auch nur zu begreiflich; denn wären hier Bedingungen zulässig, wäre etwa eine bedingte Auflassung statthaft, so könnte niemand mehr dem Grundbuch entnehmen, wer der wahre Eigentümer ist; der Zweck des Grundbuchs wäre vereitelt.

Eine Sonderstellung nehmen ein:

das Verbot der bedingten Aufrechnung,
das Verbot bedingter Vermächtnisannahme,
das Verbot bedingter Erbannahme.

Hier fehlt ein öffentliches Interesse an der Rechtsklarheit. An seine Stelle tritt ein durch das Gesetz geschütztes Anrecht des Aufrechnungsgegners, Erben oder Nachlassgläubigers, über seine Rechtslage Gewissheit zu erhalten. Bei der Erbschaft ist dieses Anrecht zudem noch durch die Ausschlussfrist des § 1944 B.G.B. geschützt.

Diese Grundsätze sind analoger Anwendung fähig für die Fälle, in denen zur Erzielung öffentlicher Rechtsklarheit bereits eine positive Gesetzesvorschrift besteht, ohne dass dabei auch ausdrücklich die Bedingungsfeindlichkeit ausgesprochen wäre. Das Gleiche gilt, wenn die Einschränkung im Interesse eines bestimmten Privaten erfolgt. Die Schranken der analogen Anwendung werden durch dieses öffentliche oder private Interesse bestimmt. Man wird also nie dazu kommen dürfen, ein Rechtsgeschäft „seiner Natur nach absolut bedingungsfeindlich" zu nennen.

II. B) Anwendung dieser Grundsätze auf das Privatrecht.

Soweit nicht das Gesetz ausdrücklich anderes bestimmt, oder die analoge Anwendung der vorstehenden Grundsätze Platz greift, herrscht im Privatrecht rechtsgeschäftliche Freiheit, mithin auch die Möglichkeit, Bedingungen einzuschalten [1]).

[1]) Z. B. kann ein Testament als Ganzes bedingt sein (so auch Staudinger, Bem. 1 zu §§ 2074, 2075, Enneccerus § 182, Note 16) etwa folgendes Testament: „Dieses Testament soll nur gelten, wenn ich ledig sterbe",

Der wichtigste Fall, in dem im Interesse der Rechtsklarheit eines Privaten der rechtsgeschäftlichen Freiheit durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift Schranken gezogen sind, ist der der Fristen. Darüber, ob Kündigung, Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Ausübung des Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht, die Wahlerklärung bei der Wahlschuld bedingt sein können, sagt das Gesetz mit ausdrücklichen Worten nichts.

Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bedingungen aus, so besteht bei Verträgen zunächst keine Veranlassung, die Vertragsfreiheit einzuschränken. Anders bei einseitigen Geschäften; wenn hier das Recht ausnahmsweise einer Partei gestattet, durch ihre einseitige Erklärung Aenderungen hervorzurufen, so geschieht dies sicher zu dem Zweck, eine feste Entscheidung zu erreichen und volle Rechtsklarheit in den Fällen zu schaffen, wo die Parteien sich nicht vertragsmässig einigen können. Das trifft besonders in den Fällen zu, in denen dem Gegner eine Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist zugehen soll [1]) Dieser Zweck würde aber durch die Hinzufügung von Bedingungen vereitelt werden. Eine Ausnahme läge allerdings dann vor, wenn die Erklärung nur dem Gegner Nachteile bringen kann, wie bei der Mahnung; hier enthält die Bedingung lediglich eine Milderung. Aber abgesehen von diesen Fällen, die als Ausnahme zu betrachten sind, ist wiederholt festzustellen, dass Bedingungen überhaupt insoweit unstatthaft sind, als sie die bezweckte Rechtsklarheit des Gegners gefährden würden [2]) [3]).

Das ist nicht der Fall:

1. bei der sogenannten Potestativbedingung, deren Eintritt oder Ausfall in der Macht des Gegners liegt. Man kann also dem Hauswirt wirksam kündigen: „Wenn Sie die Mauer abreissen lassen, ziehe ich am ersten!“ [4]) Natürlich muss die Bedingung vor Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten sein, um die Kündigung wirksam zu machen. Warum sollte aber dann der Mieter verpflichtet sein, ausdrücklich noch einmal zu kündigen?
2. wenn sonstwie die Bedingung sich innerhalb der Frist entscheidet und das Ergebnis zu sicherer Kenntnis des Gegners gelangt [5]).

---

ist demnach zulässig. Mit Recht hat die zweite Kommission den § 1760, Entwurf I, soweit er dies ausdrücklich bestimmt hatte, als überflüssig gestrichen (vergl. Mot. V, 16).

[1]) Z. B. §§ 124, 565 B.G.B.

[2]) Für völlige Bedingungsfeindlichkeit der Anfechtung Staudinger, Vorbem. 5 vor § 157, Hellmann, Vorträge S. 158. Bezüglich der Kündigung vergl. die bei Bruck, S. 114 in Anmerk. 2 angeführte Literatur.

[3]) vergl. Leonhard Fr. in Iherings Jahrb. 41, S. 58.

[4]) Wie hier Leonhard, allgem. Teil. S. 402.

[5]) Ebenso bezügl. der Kündigung Endemann, I, S. 775, Staudinger, Vorbem. 5, zu § 157, v. Tuhr, II, 2 § 80, S. 289. Wenn etwa in einem Lieferungsvertrag der Lieferant das Recht hatte, bei Kriegsausbruch zurückzutreten, so konnte er bei Stellung des Ultimatums an Serbien erklären: „Ich sage Ihnen bereits heute, wenn es zum Krieg kommt, liefere ich Ihnen nichts mehr.“

Im übrigen aber — und das wird praktisch die Regel sein — vertragen die genannten Geschäfte keine Bedingungen. Man kann also nicht wirksam erklären: „Ich fechte wegen Irrtum an für den Fall, dass ich eine passende Ersatzware finde", usw.

Die Bedingungsfeindlichkeit kann nicht nur daraus geschlossen werden, dass das Gesetz für ein Rechtsgeschäft bestimmte Fristen vorschreibt, sie kann sich auch aus formalen Vorschriften des Gesetzes für jenes Rechtsgeschäft ergeben.

So ist ein bedingter Wechsel ungültig [1]). Die zahlreichen Vorschriften über die Formerfordernisse des Wechsels dienen dazu, die Wechselverpflichtung klar und lediglich nach den im Wechsel selbst niedergelegten Bestimmungen festzulegen. Dieser Zweckbestimmung würde die Beifügung einer Bedingung widersprechen.

Auch bei der Mahnung ergeben sich die Grenzen der Zulässigkeit von Bedingungen aus ihrem Zweck: [2]) sie soll dem Schuldner klarmachen, dass der Gläubiger Leistung verlangt. Eine Bedingung ist daher nur insoweit zulässig, als sie nicht in Widerspruch zu diesem Zweck steht, d. h. in dem gleichen Rahmen, der oben bei Anfechtung, Kündigung usw. abgemessen wurde. Daher ist z. B. folgende Mahnung wirksam: „Wenn sie mir nicht binnen acht Tagen die Bürgschaft Ihres Bruders beibringen, werde ich Sie verklagen."

Von besonderer Wichtigkeit ist, dass das Gesetz in einigen Fällen ausdrücklich Auslegungsregeln dafür gibt, dass ein Rechtsgeschäft als bedingt anzusehen sei: so beim Kauf auf Probe (§ 495 B.G.B.), beim Eigentumsvorbehalt (§ 455 B.G.B.), bei dem auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag, der für den Fall geschlossen wurde, dass die Leistung möglich werde (§ 308 B.G.B) und bei Maklerlohn für die Vermittlung eines aufschiebend bedingten Vertrags (§ 652 B.G.B). Auf der anderen Seite bestimmt das Gesetz, dass bei der bedingten Erbeinsetzung nicht die Grundsätze der Bedingungslehre Anwendung finden, sondern die Rechtssätze über Vor- und Nacherbschaft (§§ 2104, 2105 B.G.B).

II. C) Bedingte Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts.

Weit bedingungsfeindlicher als das private ist das öffentliche Recht. Denn der Zweck öffentlicher Klarlegung eines Rechtsverhältnisses ist bei der Mehrzahl seiner Normen gegeben. Daher kann man z. B. nicht Standrecht verkünden für den Fall, dass Unruhen ausbrechen. Die Tatsache, dass Standrecht herrscht, soll

---

[1]) So auch Staub, W. O. Art. 4 Anm. 68. v. Tuhr, § 80 Anm. 113.

[2]) Würde man die Mahnung als reine Rechtshandlung auffassen (so Oertmann, Erläuterung 2a zu § 284), bei der also jeder rechtsgeschäftliche Wille fortfiele, so wäre begrifflich keine Bedingung denkbar. Ob man sie nun als eigentliches Rechtsgeschäft bezeichnet (so de Claparède, Beitr. z. Lehre vom Leistungsverzug, 03, S. 86 ff.) oder als rechtsgeschäftsähnlich (so Enneccerus, Lehrbuch I, 1, § 128, III 2a und I 2, § 274, II, Bruck S. 170), unzweifelhaft ist m. E., dass sie eine Willenshandlung ist, demgemäss also begrifflich Bedingungen zulässt.

eben jedem klar sein. Doch kommen auch im öffentlichen Recht Bedingungen vor, wie bei der bedingten Begnadigung [1]) und dem bedingten Prozessvergleich [2]).

Wie im Privatrecht ergeben sich auch im öffentlichen Recht sofort Schranken, wenn im Interesse der Rechtsklarheit die Vornahme eines Rechtsgeschäftes an Fristen geknüpft ist. Bedingungsfeindlich sind daher insbesondere die Rechtsmittel aller Art, Berufung, Revision und Beschwerde im Zivilprozess [3]), die Rechtsmittel des Strafprozesses [4]), Beschwerde gegen Beschlüsse der Patentanmeldeabteilungen [5]), Einsprüche gegen Steuerbescheide usw.

Bedeutungsvoll ist weiter die Frage der Bedingungsfeindlichkeit bei öffentlichen Registern. Hier ist die Unterscheidung von Bedeutung, ob man einen Eintragungsantrag bedingt stellen kann, und ob man beantragen kann, einen Vermerk bedingten Inhalts einzutragen. Unzweifelhaft ist z. B. der Antrag auf Eintragung einer Hypothek für den Fall, dass Gläubiger die Zahlung der Hypothekensumme nachweise, unstatthaft [6]). Ob dagegen der Eintrag einer „Mitgifthypothek" wirksam sei, die nur für den Fall gelten soll, dass der Gläubiger die Tochter des Schuldners heirate, könnte nach der Ansicht einiger Juristen zu dieser Frage vielleicht zweifelhaft sein [7]); nach dem hier vertretenen Standpunkt ist eine solche Eintragung aber nicht zulässig.

Anmeldungen zu öffentlichen Registern können m. E. dann keine Bedingungen enthalten, wenn das Gesetz an den Zeitpunkt des Antrags entscheidende Folgen knüpft. Das gilt nicht nur für den Antrag an das Grundbuchamt, für den ja § 16 G.B.O. ausdrücklich Bedingungen verbietet, sondern auch z. B. für das Patentanmeldeverfahren [8]). Ist es dagegen gleichgültig, wann der Antrag eingeht — wie etwa der Antrag auf Eintragung eines Vereins — so wird man nicht ohne weiteres Bedingungen für unstatthaft erklären dürfen. Nur wird in der Mehrzahl der Fälle die betr. Anmeldung nicht mehr so bestimmt sein, dass sie überhaupt noch als Antrag im Sinne des Gesetzes erscheint.

Dagegen ist es völlig unzulässig, dass der Inhalt eines Eintrags in öffentliche Register bedingt sei. Die öffentlichen Register sollen doch gerade jedem die Möglichkeit geben, sich über Rechts-

[1]) Formal beruht die Ausübung der bedingten Begnadigung auf dem früher dem Landesherrn verfassungsgemäss zustehenden Begnadigungsrecht, das von ihm teilweise den obersten Justizbehörden übertragen worden ist (Kohler, Strafrecht S. 587).

[2]) Genaueres darüber s R.G. 42, 137 und 57, 250, sowie Stein, bedingte Prozesshandlungen, D. J. Z. 1913, S. 35 ff.

[3]) Stein vor § 128, Vorbem. V, 9 und J. W. 00., S. 660.

[4]) R.-Mil.-Ger. 12, S. 207; positive Ausnahme dieses Grundsatzes, § 382, Abs. 2 St.P.O.

[5]) Entsch. des Pat.-Amts vom 28. 11. 13 und 17. 9. 08.

[6]) § 16 Abs. 1 G.B.O.

[7]) Die meisten Autoren nehmen in der Tat an, es gäbe Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb von Rechten an Grundstücken, obwohl diese doch einen Grundbucheintrag bedingten Inhalts voraussetzen würden.

[8]) ebenso Kohler, Patentrecht zu § 20 Pat.-G.

verhältnisse zuverlässige Kenntnis zu verschaffen [1]). Was nützt da ein Eintrag im Handelsregister mit dem Zusatz: „Dies gilt jedoch erst, wenn die Patentanmeldung No. . . . genehmigt wird? Der Inhalt der Eintragungen im Vereinsregister [2]), Handelsregister, Bergbuch, Güterrechtsregister, Musterregister, Genossenschaftsregister, Schiffsregister, Gewerberegister usw. ist daher absolut bedingungsfeindlich.

Von besonderer Bedeutung ist für die Frage nach dem Vorkommen von Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb die Untersuchung darüber, ob der Inhalt von Grundbucheinträgen bedingt sein kann. Auch dies ist zu verneinen [3]). Ein entscheidendes Moment für die hier vertretene Ansicht enthält § 1184 B.G.B. Nach diesem richtet sich der Bestand der Sicherungshypothek nach der Forderung. Es wird also ausdrücklich — und zwar deshalb, weil hier das wirtschaftliche Bedürfnis nach dieser Hypothekenform höher bewertet wird, als das öffentliche Interesse an der vollkommenen Klarheit des Grundbuchs — eine Eintragung unbestimmten Inhalts zugelassen. Diese Sondervorschrift wäre nicht notwendig, wenn nicht das Gesetz von dem Grundgedanken ausginge, dass an sich Einträge unbestimmten Inhalts — nach denen etwa das Entstehen des Anspruchs Bedingung für das Entstehen der Forderung wäre — unzulässig sind Die ausdrücklichen Vorschriften des B.G.B. stehen der obigen Auffassung, dass im Grundbuch wie in allen öffentlichen Registern Einträge bedingten Inhalts unzulässig seien, nicht entgegen [4]).

Es gibt also nach der hier vertretenen Auffassung keine Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb solcher dinglichen Rechte, die einen Grundbucheintrag voraussetzen, da ein Grundbucheintrag bedingten Inhalts nicht zulässig ist.

III. Die Entstehung der Anwartschaft aus dem bedingten Rechtsgeschäft.

In der nun folgenden Untersuchung der Frage der Entstehung der Anwartschaft aus dem bedingten Rechtsgeschäft können wir von dem Satze ausgehen, dass zwar jedes bedingte Rechtsgeschäft einen Schwebezustand erzeugt, aber nicht jeder Schwebezustand eine Anwartschaft auf Rechtserwerb. Dies gilt z. B. für die bedingte Vollmacht, denn die Vollmacht ist kein „Recht“ [5]). In weitem Maasse gilt dies für die Rechtsgeschäfte des öffentlichen

---

[1]) Mot. IV, 553 ff.

[2]) wie hier v. Tuhr, I, 492 ff, und § 80, VII.

[3]) Nicht hierher gehört, dass für bedingte Ansprüche Hypotheken eingetragen werden können (§ 1113 B.G.B.); denn die dadurch entstehende Hypothek ist, wie später zu zeigen sein wird, selbst nicht bedingt, vielmehr voll wirksam.

[4]) wie hier im Ergebnis v. Tuhr, § 80, VII.

[5]) Die Zulässigkeit der Bedingung bei der Vollmacht ist bestritten; gegen ihre Annahme dürften aber begründete Bedenken nicht bestehen; warum sollte im Juli 1914 nicht jemand seiner Frau für den Fall des Krieges Generalvollmacht haben erteilen können! Die Vollmacht entsteht eben dann erst mit dem Eintritt der Bedingung (vgl. Enneccerus, Lehrbuch § 182 II, 2, Anm. 13).

Rechts, soweit sie, wie oben ausgeführt Bedingungen zulassen, z. B. für den bedingten Vergleich und die bedingte Begnadigung. Hier entsteht wohl ein Schwebezustand, aber nicht immer eine Anwartschaft auf Rechtserwerb [1]).

Ferner erzeugen nicht alle aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte aufschiebend, sondern mitunter auflösend bedingte Anwartschaften. So besteht bei der für einen aufschiebend bedingten Vertrag gegebenen Draufgabe nur eine Anwartschaft auf Rückfall der Draufgabe. Weiterhin erzeugen die aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte, die auf Lösung eines Rechtsgeschäfts, insbesondere eines Vertrags hinzielen, Anwartschaften auf Auflösung von Rechten. Kündige ich aufschiebend bedingt, so bleibt das Mietverhältnis zunächst bestehen, jedoch auflösend bedingt. Bei bedingter Uebertragung von Rechten ist das Recht des Erwerbers aufschiebend, das des Veräusserers auflösend bedingt. Fechte ich eine Erklärung wegen Täuschung aufschiebend bedingt an, so besteht die Erklärung in der Schwebezeit, wenn auch resolutiv bedingt, weiter. Es kommt also nicht darauf an, ob das betreffende Rechtsgeschäft aufschiebend bedingt ist, sondern ob seine Wirkung auf Erwerb oder Auflösung eines Rechtes hinzielt.

Die weitere Untersuchung der Frage, wo Bedingungen vorkommen können, würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen [2]). Hier interessiert dieses Problem lediglich insoweit, als aus dem bedingten Rechtsgeschäft Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb entstehen. Der Regelfall ist: ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft wie etwa ein aufschiebend bedingter Mietvertrag, erzeugt aufschiebend bedingte Anwartschaft, hier auf Miete und Mietpreis. Das ist aber nicht immer so; denn umgekehrt können auflösend bedingte Rechtsgeschäfte Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb erzeugen. Wird z. B. eine Forderung unter auflösender Bedingung zediert, so steht sie während der Schwebe dem Zessionar zu. Dem Zedenten verbleibt aber eine Anwartschaft auf Rückerwerb der Forderung, die aufschiebend bedingt ist durch den Ausfall der auflösenden Bedingung [3]).

Im weiteren ist entsprechend dem Thema nur die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb behandelt.

---

[1]) Aus einem bedingten Prozessvergleich, z. B. nach dem Kläger die Klage zurückzieht und auf den Anspruch verzichtet, jeder seine und die Hälfte der Gerichtskosten übernimmt, entstehen für die Parteien keine Anwartschaften, wohl aber, wenn ein Anwalt mitwirkte, für diesen eine Anwartschaft auf die Vergleichsgebühr.

[2]) ausführlich darüber vgl. Bruck a. a. O.

[3]) ebenso Leonhard, Allgem Teil, S. 403.

C. Arten der Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

I. Anwartschaften des öffentlichen Rechts.

II. Anwartschaften des Privatrechts.

A) Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte.

B) Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte.

Nachdem wir festgestellt haben, wo Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb vorkommen, gelangen wir zur Betrachtung der verschiedenen Arten dieser Anwartschaften.

I. Es gibt nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlich rechtliche Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb[1]). So bestimmt § 21 des Reichserbschaftssteuergesetzes vom 3. 6. 1906:

> Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, unterliegt der Besteuerung erst bei dem Eintritt der Bedingung; für den Steuerbetrag muss jedoch auf Verlangen des Erbschaftssteueramtes Sicherheit geleistet werden.

Hieraus geht hervor, dass der privatrechtlichen Anwartschaft des Berechtigten auf das Vermögen eine öffentlich rechtliche Anwartschaft des Staates auf die Erbschaftssteuer entspricht.

II. In weit grösserem Masse tritt die Anwartschaft entsprechend der in grösserem Umfange möglichen Hinzufügung von Bedingungen im Privatrecht auf. Ziel der Anwartschaft können Rechte jeder Art, absolute wie relative sein. Daher entspricht der Einteilung der Rechte auch eine Einteilung der Anwartschaften in solche auf Erwerb absoluter und auf Erwerb relativer Rechte. Diese beiden Arten der Anwartschaft dürfen — was in den meisten einschlägigen Abhandlungen geschieht — ebensowenig durcheinander geworfen werden, wie absolute und relative Rechte selbst. Wir wenden uns zunächst zur Betrachtung der Anwartschaften auf Erwerb relativer Rechte.

---

[1]) Von der öffentlich rechtlichen Anwartschaft zu unterscheiden ist die durch ein öffentlich rechtliches Rechtsgeschäft erzeugte privatrechtliche Anwartschaft, wie die durch einen bedingten Prozessvergleich entstehende bedingte Anwartschaft des Anwalts auf die Vergleichsgebühr.

A. Dem Grundsatz der vollen Vertragsfreiheit im Obligationenrecht entspricht es, dass die Parteien alle Verträge auch aufschiebend bedingt abschliessen können. So entstehen aufschiebend bedingte Anwartschaften auf Lieferung einer gekauften Sache, auf Ueberlassung einer Wohnung usw. Jedem relativen Anspruch des Obligationenrechts entspricht eine Anwartschaft auf den Erwerb eines gleichen Anspruchs.

Dabei kann auch ein bedingtes Rechtsgeschäft ein anderes einleiten, das keine Bedingung verträgt. Es kann jemand ein Grundstück unter der Bedingung kaufen, dass er die beantragte Wirtschaftskonzession erhalte. Die Auflassung aber kann erst nach Erteilung der Konzession erfolgen [1]).

B. Während allen relativen Rechten auch entsprechende Anwartschaften gegenüberstehen, ist dies bei den absoluten Rechten nicht der Fall. Wir wenden uns zunächst zur Betrachtung der dinglichen Rechte.

a) Zunächst scheiden alle Rechte an Grundstücken aus, soweit sie durch Eintragung im Grundbuch erworben werden müssen, da nach der oben vertretenen Auffassung die Eintragung einer Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb nicht im Grundbuch erfolgen kann [2]).

Jedoch könnte beim Eigentum an Grundstücken ein Zweifel insofern entstehen, als dieses nicht durch Eintragung erworben wird. Hierzu ist zu bemerken:

aa) Erbeseinsetzung kann zwar bedingt erfolgen, aber der Erbe erwirbt nicht eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Eigentumserwerb am Grundstück, weil er gemäss § 2105 B.G.B. während der Schwebe nicht die Rechtsstellung eines bedingten Erwerbers, sondern die eines Nacherben einnimmt.

bb) Ein bedingter Eigentumserwerb der Ehefrau kann nicht in Frage kommen, weil die Ehe gemäss § 1317 B.G.B. nicht bedingt geschlossen werden kann und allgemeine Gütergemeinschaft im Güterrechtsregister eingetragen werden muss; diese Eintragung kann aus den oben dargelegten Gründen nicht bedingt erfolgen, also kann auch die Gemeinschaft selbst nicht bedingt vereinbart werden.

cc) Auch Eigentumserwerb durch Enteignung kann nicht bedingt erfolgen, da die Enteignung ein Akt des öffentlichen Rechts ist, der keine Bedingungen zulässt.

dd) Eigentumserwerb durch Anlandung, entstehende Inseln usw. (E.G.B.G.B. Art. 65) vollzieht sich nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Tatsachen; daher ist keine Bedingung und keine Anwartschaft möglich.

---

[1]) Sollte es aber Absicht der Parteien und Vertragssinn sein, dass die Auflassung schon während der Schwebe erfolge, so wäre im Zweifel gemäss § 139 B.G.B. der ganze Vertrag nichtig.

[2]) Nicht hierher gehört die für eine Anwartschaft auf eine Forderung bestellte Hypothek, da sie ja, wenn auch für eine bedingte Forderung, so doch sofort wirksam entsteht.

Es ergibt sich hiernach, dass es Anwartschaften auf Erwerb von Rechten an Grundstücken nicht gibt; es bleiben jedoch Anwartschaften auf Erwerb von dinglichen Rechten an beweglichen Sachen, und zwar sind zu unterscheiden Anwartschaften auf

Eigentum an beweglichen Sachen,
Niessbrauch an beweglichen Sachen,
Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, eventuell auch auf Besitz.

a) **Anwartschaften auf Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen.**

Der weitaus wichtigste Fall ist der des § 455 B.G.B., des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt. Hier ist der obligatorische Vertrag unbedingt, dagegen der Eigentumserwerb des Käufers bedingt durch die völlige Zahlung des Kaufpreises.

Weiter gehört hierher: gemäss § 952 B.G.B. steht das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein dem Gläubiger zu; daraus folgt, dass derjenige, der eine Anwartschaft auf die Forderung erwirbt, zugleich auch eine Anwartschaft nicht nur auf Herausgabe des Schuldscheins (relativ), sondern auf Eigentum am Schuldschein selbst (absolut) erhält.

b) **Anwartschaften auf Niessbrauch an beweglichen Sachen.**

Die unter a) gemachten Ausführungen finden entsprechende Anwendung.

c) **Anwartschaften auf Erwerb von Pfandrechten an beweglichen Sachen.**

Weiter möglich ist die Anwartschaft auf ein Pfandrecht an Mobilien und Rechten. Sie ist scharf zu trennen von dem Pfandrecht für eine bedingte Forderung, das hier zur Untersuchung nicht in Frage steht und deren Konstruktion mit der Anwartschaft auf ein Pfandrecht nichts gemein hat.

Den Unterschied zeigen folgende Fälle:

1. Ein Landwirt kauft eine Dreschmaschine auf Probe und verpfändet dem Lieferanten Effekten als Sicherheit.
2. Ein Bruder des Schuldners verpfändet dem dessen Gläubiger vertretenden Treuhänder Effekten unter der Bedingung, dass der geplante Zwangsvergleich vom Gericht genehmigt werde.

Auf den ersten Blick möchte man sagen, in beiden Fällen entsteht das Gleiche: eine Anwartschaft auf bedingten Erwerb eines Pfandrechts, und zwar im Falle 1 der akzessorischen Natur des Pfandrechts wegen, da die gesicherte Forderung gemäss § 495 B.G.B. bedingt ist, im Falle 2 von vorneherein, weil das Pfand zwar für eine gewisse Forderung, aber nur unter einer Bedingung gegeben wurde. In Wirklichkeit entsteht aber nur im Falle 2 eine Anwartschaft auf ein Pfandrecht, das voll wirksame Pfandrecht also erst durch die Genehmigung des Zwangsvergleichs durch das Gericht.

Im Falle 1 dagegen entsteht gemäss § 1204 B.G.B. sofort ein voll wirksames Pfandrecht für den Verkäufer,

das allerdings resolutiv bedingt ist in dem Falle, dass der Käufer die Maschine nicht billigt. Es wird auf diese Fragen noch später zurückzukommen sein.

Eine Anwartschaft auf Pfändungspfandrecht ist dagegen nicht möglich. Die Pfändung kann als öffentlich rechtlicher Akt nach dem oben Ausgeführten nicht bedingt erfolgen. Wohl ist eine Pfändung wegen einer bedingten Forderung möglich — gemäss § 916 Z.P.O. wird die Zulässigkeit eines Arrestes nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch ein betagter oder ein bedingter ist — dabei entsteht aber nicht etwa eine Anwartschaft auf Erwerb eines Pfändungspfandrechts, sondern ein voll wirksames Pfandrecht. Es wird auch hierauf später noch zurückzukommen sein.

d) Fraglich erscheint, ob eine Anwartschaft auf Besitz möglich ist. Die Beantwortung hängt von der Stellungnahme zu der alten Streitfrage ab, ob der Besitz ein Recht oder eine Tatsache ist. Soweit er nur eine Tatsache ist, ist nicht ersichtlich, wie eine Bedingung und damit eine Anwartschaft in den Besitzerwerb eintreten könnte. Rechtstatsachen vertragen, wie oben ausgeführt, die Hinzufügung einer Bedingung nicht; „tatsächliche Gewalt" kann nicht bedingt erworben werden.

Auch wer unter einer aufschiebenden Bedingung als Erbe eingesetzt ist, erwirbt, obwohl der Besitz gemäss § 857 B.G.B. auf den Erben übergeht, nicht eine Anwartschaft auf den Besitz. Trotz § 857 regelt sich das Verhältnis des unter einer Bedingung zum Erben Eingesetzten nach den Grundsätzen über die Vor- und Nacherbfolge gemäss § 2105 B.G.B. Nun erlangt zwar der Nacherbe bereits mit dem Erbfall ein festes Recht auf die Nacherbfolge, eine Anwartschaft, aber nicht eine auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb, sondern auf einen Rechtserwerb gemäss den besonders für das Verhältnis des Vor- und Nacherben geltenden Normen (§ 2100 B.G.B. ff.). Besitzer in der Zwischenzeit wird demnach nur der Vorerbe; der Nacherbe hat keine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Besitzerwerb.

Eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Besitzerwerb ist dagegen möglich im Falle des § 854 Abs. 2 B.G.B., der brevi manu traditio; hiernach genügt zum Besitzerwerb die Einigung des bisherigen Besitzers und Erwerbers, falls dieser in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben Die hiernach erforderliche Willensübereinstimmung beider Teile über den Besitzübergang — Einigung genannt — ist an keine bestimmte Form gebunden; gegen die Hinzufügung von Bedingungen bestehen daher keine Bedenken [1]). Demzufolge ist hier die Entstehung einer Anwartschaft auf Besitz möglich.

Auch bei mittelbarem Besitz ist eine Anwartschaft möglich; jemand verkauft z. B. ein Warenlager und vereinbart mit dem Erwerber, er wolle das Lager fortan als Mieter besitzen. Ist der Vertrag nur bedingt abgeschlossen, so erwirbt der Käufer eine Anwartschaft auf den mittelbaren Besitz.

[1]) Staudinger Bem. 2a und b zu 854.

D. Zusammenstellung
der
ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen über die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

I. Allgemeine Erwägungen.
II. Deren Ergebnisse.
A. Rechtliche Bindung
B. Sicherstellung.
C. Vermögenswert.

Der Gang der folgenden Untersuchung ist der:

1. festzustellen, dass nach § 158 B.G.B. grundsätzlich die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit deren Eintritt in Erscheinung tritt, dass aber trotzdem in drei Richtungen das Gesetz bereits Rechtswirkungen der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb anerkennt.

2. Aus diesen ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen die Rechtsnatur der Anwartschaft zu erkennen und dann

3. ihre Stellung im gesamten Rechtssystem zu untersuchen.

I. Gemäss § 158 B.G.B. tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. Das Gesetz hat mit dieser Vorschrift, die in der gemeinrechtlichen Theorie [1]) und den bisherigen Partikularrechten [2]) umstrittene Frage der Rückwirkung des Eintritts der aufschiebenden Bedingung entschieden und hat grundsätzlich die rückwirkende Kraft ausdrücklich verneint [3]). Es wird also nicht so angesehen, als ob die mit der Erfüllung des Bedingungsmoments eintretende Wirkung bereits z. Zt. der Abgabe der Willenserklärung bestanden habe; die Wirkung tritt vielmehr bei Eintritt der Bedingung ein, ohne dass es auf das Wissen der Parteien oder einen in diesem Moment noch vorhandenen Willen ankommt [4]). Lediglich wenn die Parteien die Rückwirkung gewollt haben, sollen sie gemäss § 159 B.G.B. einander persönlich obligatorisch verpflichtet sein zur Gewährung dessen, was der Berechtigte haben würde, wenn er schon zu dem gewollten früheren

[1]) Windscheid-Kipp, § 91 S. 405 und die dort Zit.
[2]) Mot. I S. 252.
[3]) R.G. 77, 190.
[4]) Unrichtig R.G. 64, 206; „Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muss in dem Moment vorhanden sein, in dem die Bedingung eintritt".
Richtig R.G. 66, 349: „Es bedarf bei Eintritt der Bedingung keiner weiteren Willenseinigung".

Zeitpunkte unbedingt berechtigt gewesen wäre. Es bleiben jedoch während des Schwebezustandes von dem Abschluss des Vertrages bis zum Eintritt der Bedingung drei Hauptwirkungen übrig, die nicht als Wirkungen des unbedingten Rechts und Rückwirkung der eingetretenen Bedingung angesehen werden können, sondern unter allen Umständen, unabhängig vom späteren Eintritt oder Ausfall der Bedingung, bereits während der Schwebe bestehen. Die Tatsache solcher Rechtswirkungen während der Schwebe ist nach dem B.G.B. unbezweifelbar, dagegen ist die Frage nach dem Wesen dieses Zustandes eine Streitfrage von altersher. Fitting [1]) bezeichnet ihn als „Vorwirkung“ [2]), Windscheid [3]) als die Sache ergreifende Gebundenheit, Karlowa [4]) als Gebundenheit der Rechtssubjekte, Enneccerus [5]) verneint die Gebundenheit und erklärt die Wirkungen des aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts „als Folge positiver Gesetzesbestimmung“, v. Tuhr [6]) endlich bezeichnet die Anwartschaft bei der Bedingung wieder als „Vorwirkung“ [2]) des bedingten Geschäfts im Gegensatz zu der bei Eintritt der Bedingung eintretenden Folge.

Diese Rechtswirkungen während der Schwebe sind dreierlei Art:

1. Es besteht eine rechtliche Bindung der Parteien, insbesondere bei Verträgen eine gegenseitige vertragliche Bindung, die nur unter bestimmten Voraussetzungen, wie alle anderen Verträge, wieder gelöst werden kann,
2. die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb kann bereits sichergestellt werden,
3. die Anwartschaft kann bereits während der Schwebe einen Vermögenswert darstellen.

Jede der drei Richtungen, innerhalb deren das Gesetz Rechtswirkungen der Anwartschaft anerkennt, hat gewisse rechtliche Folgen, die später im Zusammenhang untersucht werden sollen, z. B. folgt aus

1. der rechtlichen Bindung:
   Zedierbarkeit,
   Stempelpflicht,
   Zulässigkeit der Feststellungsklage;
2. der Sicherbarkeit:
   vollwirksames Pfandrecht, wovon später zu reden sein wird,
3. dem Vermögenswert:
   Gerichtsstand des Vermögens,
   Anspruch des Erbschaftssteueramts auf Sicherstellung der Erbschaftssteuer.

---

[1]) Fitting, Rückziehung S. 7 ff.

[2]) Die Bezeichnung „Vorwirkung“ ist verfehlt, da es sich nicht um Vorwirkungen der künftig eintretenden Bedingung, sondern um Rechtswirkungen der Schwebe handelt, die vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung gänzlich unabhängig sind.

[3]) Windscheid, Pandekten § 89 Anm. 3 S. 396.

[4]) Karlowa, § 13 S. 80 ff.

[5]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 164.

[6]) v. Tuhr, II, 2 § 81 S. 291 ff.

II. A) Rechtliche Bindung.

Indem § 158 B.G.B. nur die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung vom Eintritt der Bedingung abhängen lässt, bestimmt er damit implicite, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts im übrigen, nämlich die Bindung der Parteien bereits mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts eintritt und also bereits während der Schwebe besteht ohne Rücksicht darauf, ob die Bedingung später eintritt oder ausfällt. Das bedingte Rechtsgeschäft ist daher, obwohl die Wirksamkeit noch ungewiss und die gewollte Wirkung noch nicht entstanden ist, bereits in der Schwebe bindend [1]).

Aus dieser Gebundenheit ergeben sich eine Reihe von Rechtswirkungen; so bewirkt sie z. B. die Unmöglichkeit eines einseitigen Rücktritts, ferner die Möglichkeit des Rechtsschutzes des in der Schwebe vorhandenen Zustands und schliesslich, wie später zu zeigen sein wird, die Veräusserlichkeit und Vererblichkeit der Anwartschaft.

Wie bereits oben angedeutet, entsteht diese während der Schwebe vorhandene Rechtswirkung nicht als Zurückwirkung der eingetretenen Bedingung; sie ist lediglich durch den Vertragsschluss begründet. Es können daher bei der Betrachtung dieser rechtlichen Bindung zur Beurteilung nicht etwa die §§ 160—162 B.G.B. herangezogen werden; sie regeln nur was rechtens ist, wenn die Bedingung eingetreten ist, sie schaffen also kein Recht für die Schwebezeit unabhängig von dem Eintritt der Bedingung; § 160 gewährt nur einen Anspruch auf Schadensersatz bei eingetretener Beeinträchtigung oder Vereitelung des von der Bedingung abhängigen Rechts im Falle des Eintritts der Bedingung, nicht aber einen bereits während der Schwebezeit verfolgbaren Anspruch auf Nichtvereitelung oder Nichtbeeinträchtigung dieses Rechts; weiter stellt § 162 nur fest, wann die Bedingung als eingetreten gilt, die Schwebezeit mithin als beendet anzusehen ist; auch er schafft kein Recht für die Schwebe. Es folgt daraus, dass die sich für die Schwebezeit ergebende Rechtslage nur aus dem Grundsatz der rechtlichen Bindung des § 158 B.G.B., nicht aus den §§ 160—162 herzuleiten ist.

B) Sicherstellung.

Das Gesetz gewährt durch eine Reihe einzelner Bestimmungen die Sicherbarkeit der Anwartschaft. So kann für eine bedingte Schuld Bürgschaft übernommen (§ 765, Abs. II), Hypothek und Pfandrecht bestellt (§§ 1113, Abs. 2, 1204, Abs. 2) und eine Vormerkung zur Sicherung in das Grundbuch eingetragen werden (§ 883 Abs. 1 Satz 2 [2]). Auch die Z.P.O. erkennt das Schutz-

[1]) Enneccerus, Lehrbuch, Allg. Teil § 185; v. Tuhr I, 2 S. 291, RG. 69, 421, vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 187 ff.

[2]) Nicht hierher gehören die Vorschriften im Erbrecht über Sicherheitsleistung in den §§ 2217, 2128 usw., da das Rechtsverhältnis des bedingt eingesetzten Erben zum gesetzlichen Erben das des Nach- und Vorerben ist. (Vgl. §§ 2074, 2104.) Die Regeln über Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb finden hier keine Anwendung.

bedürfnis der Anwartschaft an, indem sie für diese die Zulässigkeit des Arrestes ausspricht (§ 116 Z.P.O.) [1]; die Sicherung erfolgt, indem entweder der Arrest durch Pfändung vollstreckt wird oder der Arrestschuldner die Vollziehung des Arrestes durch Sicherheitsleistung abwendet (§ 923 Z.P.O.). Auch die K.O. bestimmt in § 67 ausdrücklich, dass Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung zu einer Sicherung berechtigen [2]. Hierunter fallen aber nicht nur solche, bei denen nur die Verfolgbarkeit der Forderung bedingt ist, sondern vielmehr alle Forderungen, deren Zustandekommen vom Eintritt des künftigen Ereignisses abhängt, d. h. eben die Anwartschaft. Weiter bestimmt § 21 des Reichserbschaftssteuergesetzes: „Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, unterliegt der Besteuerung erst bei dem Eintritt der Bedingung; für den Steuerbetrag muss jedoch auf Verlangen des Erbschaftssteueramts Sicherheit geleistet werden." § 22 desselben Gesetzes sagt: „Lasten, die den Wert der steuerpflichtigen Masse vermindern, werden, soweit sie von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängen, nicht berücksichtigt. Tritt die Bedingung ein, so wird die gezahlte Steuer bis auf den der veränderten Rechtslage entsprechenden Betrag erstattet." [3].

Nicht hierher gehören die Vorschriften der Z.P.O. über die Sicherbarkeit des Anspruchs auf Erstattung der Prozesskosten (§§ 108—13 Z.P.O.). Allerdings handelt es sich auch hier um die Sicherung einer Anwartschaft und um eine Schwebe, während deren noch nicht feststeht, ob überhaupt die gesicherte Partei einen Kostenerstattungsanspruch haben wird. Diese Schwebe ist jedoch eine andere, als die der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

Ueber die Rechtsnatur dieser Anwartschaft wird am Schlusse der Arbeit noch zu reden sein.

In allen bisher genannten Fällen entstehen voll wirksame, nicht etwa aufschiebend bedingte Sicherungsrechte, worauf später im Abschnitt „Rechtsnatur der Sicherungen" noch zurückzukommen sein wird. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht während der Schwebe noch kein Anspruch bezw. noch kein absolutes Recht; die Sicherung ist daher nur dadurch möglich, dass das sonst geltende Prinzip der Akzessorietät durchbrochen wird.

---

[1]) § 916 Abs. 2 Z.P.O. bestimmt allerdings, dass ein Arrest dann nicht zulässig ist, wenn die Anwartschaft wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.

[2]) vgl. die entsprechenden Bestimmungen der §§ 54, 154, 168 Abs. 2, 169 K.O.

[3]) Die unterschiedliche Behandlung gegenüber dem § 21 desselben Gesetzes erklärt sich aus dem fiskalischen Gesichtspunkte, dass der Staat dem Privaten für die etwaige Zuvielbelastung immer gut ist, aber nicht umgekehrt der Private dem Staat für die Zuwenigbelastung.

C) Vermögenswert.

Aus der Tatsache, dass das Gesetz den Grundsatz der Sicherbarkeit der Anwartschaft aufstellt, ergibt sich bereits, dass diese einen Vermögenswert darstellen kann; denn gesichert werden regelmässig nur Vermögenswerte. Mit ausdrücklichen Worten ist der Vermögenswert der Anwartschaft zudem in den §§ 916 Abs. 2 Z.P.O. und 1986 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. dadurch anerkannt, dass dort die Zulässigkeit des Arrestes ausgeschlossen bezw. eine Sicherheitsleistung als nicht erforderlich erachtet wird, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, dass die Anwartschaft einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. Auch die Vererblichkeit der Anwartschaft [1]), die wie im gemeinen Rechte [2]), auch heute unbestritten ist [3]), ist aus der Anerkennung der Anwartschaft als selbständigen Vermögenswertes zu erklären [4]) [5]).

Der Vermögenswert der Anwartschaft bestimmt sich nach dem Wert des künftigen Rechts sowie nach der Sicherheit der Anwartschaft und der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung [6]). Die Vermögensqualität der Anwartschaft ist positiv anerkannt dadurch, dass sie im Konkurs angemeldet werden kann; daher überlässt auch § 96 K.O. dem Gericht die Endentscheidung darüber, in welcher Höhe ein Anwartschaftsgläubiger im Konkurs bereits zum Stimmen berechtigt ist [7]).

Bei der Berechnung des Pflichtteils bleiben einfachheitshalber aufschiebend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten ausser Ansatz, vorbehaltlich einer Ausgleichung bei Eintritt der Bedingung (§ 2313 B.G.B.) [8]). Auch in anderen Fällen sollen bei der Berechnung von Vermögenswerten Anwartschaften ganz ausser Betracht bleiben; so

---

[1]) Eine Vererblichkeit der Anwartschaft kann natürlich nur da in Frage kommen, wo auch das von der Bedingung abhängende Recht vererblich ist; ist das nicht der Fall, wie z. B. bei Niessbrauch, so kann auch von einer Vererblichkeit der Anwartschaft nicht die Rede sein. Ein für X aufschiebend bedingt bestellter Niessbrauch kann nicht entstehen, wenn X vor Eintritt der Bedingung stirbt. (Vgl. v. Tuhr, § 81 Anm. 95.)

[2]) Dernburg Pandekten, Bd. I, I S. 256.

[3]) Enneccerus, § 185 I, 1 a; Staudinger, Vorbem. 8 vor § 157; Plank, § 158; v Tuhr, § 81, II: die Vererblichkeit ergibt sich auch aus § 1922 Abs. 1 B.G.B., wonach mit dem Tode einer Person ihr Vermögen, d. h. also auch die bedingten Rechte und Verpflichtungen auf den Erben übergeht.

[4]) O.L.G. 31, S. 66: Bedingte Ansprüche gelten als Vermögen im Sinne des § 23 Z.P.O. R.G. 74, 129: Das aufschiebend bedingte Eigentum kann Gegenstand eines Versicherungsvertrags sein, — Verzicht auf bedingte Rechte, wie die Uebertragung solcher Rechte, Schenkung sein (Planck und Oertmann zu § 517, Crome § 230 Anm 20).

[5]) Die Anwartschaft ist — da Vermögenswert — ebenfalls pfändbar gemäss § 844 Z.P.O.: „Ist die gepfändete Forderung eine bedingte, so kann das Gericht . . . .

[6]) v. Tuhr § 81 S. 305.

[7]) Der wirtschaftliche Minderwert der Anwartschaft gegenüber dem Vollrecht zeigt sich praktisch bei der Versicherung: die in den Verträgen übliche, etwa ½ % der Versicherungssumme betragende Prämie bildet den Gegenwert der Anwartschaft auf Auszahlung der Feuerversicherung.

[8]) R.G. 72, 382

bestimmt § 26 des Wehrbeitragsgesetzes:[1]) „Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, bleibt bei der Feststellung unberücksichtigt", ebenso § 42 des Besitzsteuergesetzes[2]) das Gleiche mit gleichem Wortlaut.

Diese Nichtbeachtung berührt jedoch den anerkannten Vermögenswert der Anwartschaft nicht, sie erklärt sich lediglich aus technischen Gründen; eine zu grosse Komplizierung der Vermögenswertung durch Abschätzung der Anwartschaft soll vermieden werden.

E. I. Die Rechtsnatur der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

II. Die Rechtsnatur der Sicherungen für die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

E. I. Nachdem wir so die Bestimmungen zusammengestellt haben, die positiv Rechtswirkungen der Anwartschaft während der Schwebe regeln, gehen wir dazu über, aus diesen Bestimmungen die Rechtsnatur der Anwartschaft selbst zu untersuchen.

Auszugehen ist wieder von der grundlegenden Vorschrift des § 158 B.G.B., wonach bei dem unter einer Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung eintritt. Beim unbedingten Geschäft, also etwa bei der unbedingten Begründung eines Schuldverhältnisses ist die regelmässige Folge die, dass die beabsichtigte Wirkung sogleich mit dem Abschluss des Geschäftes eintritt: der Gläubiger erwirbt sofort einen Anspruch, d. h. er kann sofort vom Schuldner die Leistung fordern (§ 241 B.G.B.). Anders beim bedingten Geschäft; es enthält zwar wie das unbedingte ebenfalls einen einheitlichen festen Willen, nämlich den, dass sich Bedingung und Rechtswirkung wie Grund und Folge verhalten sollen; es wird gewollt die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung[3]). Unbedingtes und bedingtes Geschäft unterscheiden sich nicht etwa durch den Grad der Festigkeit des Willens, der beim ersteren fest und entschieden, beim letzteren bedingt und ungewiss ist; in beiden Fällen ist der Wille klar und fest, aber der Inhalt des Willens, das Gewollte ist verschieden. Im ersten Falle will man die Verpflichtung oder Verfügung sofort und unbedingt; im zweiten Falle

[1]) Gesetz über einen einmaligen ausserordentl. Wehrbeitrag vom 3. 7. 13.
[2]) Besitzsteuergesetz vom 3. 7. 13.
[3]) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 183.

soll erst der Eintritt der Bedingung die Rechtswirkung zur Folge haben. Dies ist der Standpunkt des Gesetzes, das deswegen mit klaren Worten sagt, dass die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten soll, dass mithin ein gegenwärtiger Anspruch erst in diesem Augenblick gegeben sein kann [1]). „Die von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Wirkung" ist ja doch gerade die Entstehung des Anspruchs, eine andere Deutungsmöglichkeit ist nicht denkbar. Es müssen daher andere Deduktionen, die das Bestehen bedingter Ansprüche schon vor Eintritt der Bedingung beweisen wollen, als gekünstelt und dem klaren Sinn und Wortlaut des Gesetzes zuwiderlaufend zurückgewiesen werden [2]).

Auf dem oben abgeleiteten Standpunkt stehen überwiegend Theorie und Praxis [3]), [4]).

Wenngleich nun, wie noch ausführlicher zu zeigen sein wird, die Anwartschaft kein Anspruch und kein Recht ist, so steht doch andererseits fest, dass sie bereits während der Schwebe sekundär Rechte, insbesondere Ansprüche erzeugen kann.

Uebernimmt z. B. jemand die Bürgschaft für eine bedingte Schuld und verschlechtert sich das Vermögen des Schuldners, so hat gemäss § 775 B.G.B. der Bürge einen fälligen unbedingten Anspruch auf Sicherheitsleistung durch den Schuldner. So erzeugt auch z. B. Klage auf Feststellung der Anwartschaft gemäss § 256 Z.P.O. einen unbedingten Anspruch auf Kostenerstattung. Auch muss ein bedingter Vertrag bereits verstempelt werden [5]), sodass eventuell sofort ein Anspruch auf Ausgleich des Stempels zwischen den Parteien entsteht.

Die Betrachtung des während der Schwebe bestehenden Zustandes und insbesondere die Rechtsnatur der Anwartschaft hat einigen Schriftstellern Anlass zu eigenartigen Konstruktionen ge-

[1]) R.G. 72, 387.

[2]) So Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 82.

[3]) Staudinger, Anm. 6 zu § 158; Crome I § 35, S. 181, Anm. 11; Hellwig, Anspruch, § 1 Satz 1; v. Tuhr II, 2 § 81, 1, S. 292; R.G. 72, 378.

[4]) Es ist hier auf das in der Vorbemerkung S. 7 Ausgeführte zurückzukommen und wiederholt festzustellen, dass die Ausdrucksweise des Gesetzes geeignet ist, Verwirrung zu schaffen. Es ist dort bereits klargelegt, dass diese „bedingten Verbindlichkeiten" usw. nur als ungenaue, abgekürzte Redewendungen zu bezeichnen sind, dass es vielmehr genauer heissen müsste, „Anwartschaften auf bedingte Entstehung von Verbindlichkeiten". Die dort für die sogenannte aufschiebend bedingte Anwartschaft erstmals gesagte präzise Bezeichnung „Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb", die den Titel dieser Arbeit bildet, mag in diesem Zusammenhang nochmals erwähnt und zugleich auch festgestellt werden, dass mit dieser Bezeichnung nicht etwa ein Gegensatz zu einer Anwartschaft auf „auflösend" bedingten Rechtserwerb statuiert werden soll. Denn da bei der auflösenden Bedingung der Gegenstand während der Schwebe dem Berechtigten unbedingt zusteht, kann auf seiner Seite von einer Anwartschaft auf Rechtserwerb nicht die Rede sein; höchstens käme für den Verpflichteten eine Anwartschaft auf Zurückerwerb des Gegenstands bei Ausfall der Bedingung in Frage. Die Bezeichnung „Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb" soll daher lediglich die bei der aufschiebenden Bedingung während der Schwebe vorhandene Anwartschaft charakterisieren.

[5]) Reichsstempelgesetz vom 3. 7. 13, § 19.

geben. Hier sei die Ansicht Brechts' wiedergegeben, der folgendermassen schliesst:

„Bei der Betrachtung der Frage, in welchem Verhältnisse der Akt des Rechtsgeschäfts zu dem Eintritt der Rechtsfolge, bei einer Verfügung also der Akt der Verfügung zum Eintritt der Rechtsverschiebung steht, ist in der Hand des Eigentümers dessen gegenwärtiges und zukünftiges Eigentum zu unterscheiden; die aufschiebend bedingte Verfügung ist daher eine rein gegenwärtige Verfügung über etwas Zukünftiges. A übergibt dem B eine Münze; sie soll aber sein Eigentum erst werden nach seinem Examen. Die während der Schwebe vorhandene sogenannte Anwartschaft ist demnach kein einheitliches, langsam anwachsendes subjektives Recht. Sie zerfällt vielmehr, wenn sie durch Uebergabe entstanden ist, in

a) ein gegenwärtiges, regelmässig unübertragbares, obligatorisches Recht zum Besitz und Gebrauch und

b) das zukünftige dingliche Recht (Eigentum), das als solches (zukünftiges) schon jetzt übertragbar ist.

In einem einzigen Augenblick geht dann a in b über; von einem Erstarken der Anwartschaft des Berechtigten bezw. einem Absterben des Eigentums des Verpflichteten ist keine Rede."

Diesem Gedankengang vermag ich mich nicht anzuschliessen, da m. E. einerseits eine Zweiteilung des Eigentums in ein gegenwärtiges und zukünftiges theoretisch unmöglich erscheint, dann auch, weil ich es ablehnen werde, die Anwartschaft als ein Recht, gar als ein (zukünftiges) dingliches Recht zu betrachten.

Leonhard [1]) kommt bei seiner Untersuchung der Frage, ob die Anwartschaft bereits als ein bestehendes Recht im Rechtssinne aufzufassen sei zu dem Ergebnis, dass die Beantwortung bei den verschiedenen Anwartschaften verschieden sei; manche Anwartschaften bedeuten nicht mehr als eine blosse Hoffnung — so das Anrecht des Erbanwärters vor dem Erbfall —; andere wieder seien schon selbst Rechte, die nur im Vergleich mit dem Endziel als vorläufige erscheinen — so das befristete und bedingte Recht.

Enneccerus [2]) folgert aus der Tatsache, dass das Gesetz die aufgeführten Rechtswirkungen während der Schwebe anerkennt, die Anwartschaft werde „wie ein Recht" behandelt und sei deshalb auch als ein Recht anzusehen; die Anwartschaft sei aufzufassen als ein Recht, bei Eintritt der Bedingung die Forderung, das Eigentum usw. zu erwerben; er gruppiert sie daher unter die Erwerbsberechtigungen, die wiederum zu den Rechten auf Rechtsänderung gehören [3]). An anderer Stelle werden sie aber von Erwerbsberechtigungen, die sich als selbständige Rechte darstellen, un-

[1]) Leonhard, Fr. Zukünftige und gegenwärtige Rechte in Zeitschrift für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, S. 140 ff.

[2]) Enneccerus I § 185, S. 507.

[3]) derselbe § 66, S. 165.

terschieden, da sie nur die Vorstufe eines Rechts seien, das sich aus ihnen durch Hinzutreten bestimmter Erfordernisse entwickle, ohne dass noch eine weitere Erwerbshandlung erforderlich sei; es wird ausdrücklich betont, dass sie lediglich praktisch z. B. in Bezug auf Vererblichkeit und Veräusserlichkeit schon als subjektive Rechte behandelt werden. [1]).

Es erscheint nicht richtig, einen Zustand, dem das Gesetz ausnahmsweise in bestimmten besonderen normierten Fällen Rechtswirkungen beilegt, als Recht zu bezeichnen, vielmehr erscheint es methodisch richtiger zu sagen, die Anwartschaft wird grundsätzlich nicht als Recht behandelt; eine Ausnahme besteht kraft positiver Gesetzesbestimmung hinsichtlich, wie oben ausgeführt, nur der rechtlichen Bindung, der Sicherbarkeit und des Vermögenswertes. Die Anwartschaft ist daher kein Recht, sondern ein Zustand, eine Tatsache, der ausnahmsweise gewisse Rechtswirkungen beigelegt sind.

Zu dem gleichen Resultat kommt v. Tuhr, der den Begriff der „Vorwirkung", der vom Verfasser allerdings oben Seite 23 Armerkung 2 als unzutreffend zurückgewiesen worden ist, zu folgender Konstruktion verwendet:

> „Ein Tatbestand kommt begriffsmässig erst dann zur Vollwirkung, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale vorliegen; jede einzelne Tatsache ist Vorstufe zur Vollendung des ganzen Tatbestands und bringt die Vollwirkung der Entstehung einen Schritt näher. Durch den Hinzutritt jeder neuen Tatsache entsteht eine neue „Rechtslage"; der Eintritt der Vollwirkung hängt nur davon ab, dass die noch ausstehenden Tatsachen hinzutreten. Ist es ungewiss, ob noch ausstehende Tatsachen eintreten (Bedingung), so ist der ganze Tatbestand in einem Zustand objektiver Ungewissheit, „Schwebe".
>
> Jede Entwicklungsstufe hat aber schon ihre Rechtswirkungen, die man im Gegensatz zu der noch ausstehenden Rechtsfolge der Vollwirkung „Vorwirkung" nennen kann. Die „Vorwirkung" bedeutet rechtliche Beziehungen obligatorischer oder dinglicher Natur, aus denen durch Hinzutreten weiterer Tatsachen „Rechte" entstehen können. Jede Vorwirkung eines unvollendeten Tatbestandes kann daher als „Rechtsverhältnis oder Rechtslage" bezeichnet werden.
>
> Im Werden begriffene Rechte, zu deren Ausreifen noch der Hinzutritt gewisser Tatsachen erforderlich ist, sind „Anwartschaften". So ist die Anwartschaft bei der Bedingung „Vorwirkung" im Gegensatz zu der bei der Erfüllung der Bedingung entstehenden Vollwirkung."

Die Anwartschaften selbst teilt v. Tuhr ein in Anwartschaften von einem gewissen Grade der Sicherheit, wie die durch Anmeldung erworbene Anwartschaft auf Erteilung eines Patentes, die er zu den subjektiven Rechten zählt („Warterechte"), und in Anwart-

[1]) Enneccerus § 75, 3, S. 191.

schaften mit überwiegender Unsicherheit (Bedingung: zukünftiges ungewisses Ereigniss), die lediglich als „tatsächliche Erwartung“ zu bezeichnen seien [1]).

Im Ergebnis stimmt diese Auffassung mit der unsrigen überein, doch erscheint nur unsere Begründung richtiger, da sie auf der Vorschrift des Gesetzes, nämlich dem § 158 beruht und demzufolge von der Konstruktion einer — Vorwirkung — während der Schwebe absehen kann [2]).

Gleiche oder ähnlich hergeleitete Auffassungen der rechtlichen Natur der Anwartschaft werden von der überwiegenden Mehrheit in der Literatur vertreten. Semeka [3]), der den Begriff des „Warterechts“ aufstellt, sagt: „Warterecht und Anwartschaft ist die rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung“: zu demselben Ergebnis gelangen auch Staudinger u. a.[4]).

Die besprochene sonst vorwiegend theoretische Betrachtung wird praktisch im Falle des § 823 B.G.B. Dieser Paragraph handelt von der Verletzung von Rechten und es ist fraglich, ob diese Vorschrift auch die Verletzung von Anwartschaften mitumfasst. Da § 823 nur absolute Rechte schützt, könnte zunächst seine Anwendung nur in Frage kommen bei der Verletzung von Anwartschaften auf absolute Rechte. Nachdem hier aber der Standpunkt vertreten wurde, dass die Anwartschaft selbst kein „Recht“ sei, entfällt für uns die Anwendbarkeit dieser Bestimmung überhaupt.

Folgender Fall diene zur Erläuterung der praktischen Wichtigkeit der Frage und der Konsequenzen, die sich aus den verschiedenen Auffassungen ergeben: Die unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung übertragenen Möbel verbrennen infolge Fahrlässigkeit eines Dritten; steht dem Käufer ein Schadenersatzanspruch zu?

Wollte man der oben entwickelten Theorie Brechts folgen, so müsste man sagen, der Käufer habe schon jetzt in der Schwebe ein „zukünftiges“ Eigentum, der Verkäufer ein dementsprechend beschränkteres Eigentum. Beider Rechte seien daher verletzt, jeder könnte daher eine verhältnismässige Quote des Gesamtschadens für sich beanspruchen.

Zu dem gleichen Ergebnis wie Brecht gelangt Planck [5]); auch er lehrt grundsätzlich Verteilung des Schadenersatzes entsprechend den Interessen von Käufer und Verkäufer an der Sache. Er führt dann aber weiter aus, vor Entscheidung der Bedingung lasse sich ein Massstab für diese Verteilung nicht finden; andererseits müsse schon während der Schwebe jemand dem Schuldigen ersatzberechtigt sein. Er kommt daher aus praktischen Gründen zu dem Er-

[1]) Gegen diese Einteilung wendet Enneccerus ein, der Begriff Warterechte sei höchst unbestimmt, umfasse auch zu Verschiedens. Vergl. auch den von Kohler, Bürg. Recht I § 49 ff. aufgestellten Begriff der „Rechtslagen“.

[2]) v. Tuhr, I, § 9 I, S. 181 ff., derselbe II, 1 § 43, IV S. 19 ff., derselbe II, 2 § 81 S. 291 ff.

[3]) Semeka, Das Warterecht, S. 159.

[4]) Staudinger, Anm. 8 zu § 158, Rehbein zu § 158, Brecht, a. a. O. S. 275.

[5]) Planck, Anm. 7 zu § 160.

gebnis, dass der Anspruch dem Veräusserer, d. h. dem Eigentümer zustehe und führt zur Begründung noch aus, es sei nicht einzusehen, warum der bedingte Erwerber schon während der Schwebe gegen Dritte ersatzberechtigt sein solle, da sein Ersatzanspruch gegen den bedingten Veräusserer nach § 160 B.G.B. erst mit dem Eintritt der Bedingung eintrete.

Wenngleich dieses Endergebnis dem hier einzunehmenden Standpunkt entspricht, so ist doch die Begründung Plancks und vor allem diejenige Brechts verfehlt.

Es erscheint zwar auf den ersten Blick einleuchtend, den Schadenersatzanspruch auf Käufer und Verkäufer quotenmässig zu verteilen; das Ergebnis ist aber nicht haltbar, was aus folgender Erwägung hervorgeht: Der Verkäufer hat sich bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an den Möbeln vorbehalten; er muss bis zu diesem Augenblick wirtschaftlich vollkommen als Eigentümer dastehen; das ist ja gerade die Sicherheit, die der Eigentumsvorbehalt bezweckt. Daher gebührt ihm auch der gesamte während der Schwebe an die Stelle des Eigentums tretende Schadensersatzanspruch und es bleibt dem Käufer überlassen, sein Recht: Eigentum gegen Zahlung der Restraten bezw. hier Herausgabe des Schadensersatzes gegen Zahlung oder Aufrechnung der Restraten gegen den Verkäufer geltend zu machen.

Ein unmittelbarer Schadenersatzanspruch kann während der Schwebe höchstens aus seinem verletzten (unmittelbaren) Besitz folgen; wenn etwa die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Möbel von Dritten zerstört worden sind, kann er den dadurch entstandenen Schaden geltend machen, dass er anderweitig Möbel (z. B. Betten) zu höherem Preise mieten musste. Dieser Schaden hat aber mit dem bisher besprochenen, der sich auf die Verletznng des Eigentums bezog, nichts gemein [1]).

Zu dem gleichen Ergebnis gelangen Enneccerus § 185 I c, Endemann § 34 Note 19 und v. Tuhr, der letztere allerdings mit folgender abweichender Begründung: Dem Veräusserer spricht er den Schadensersatzanspruch zu; allerdings gewährt er auch dem bedingt Berechtigten auf Grund seines unmittelbaren Besitzes den gleichen Anspruch und nimmt dann konkurrierende Ansprüche Beider an. Das lässt er aber nur in dem Falle gelten, dass der zu leistende Schadensersatz in der Wiederherstellung einer Sache besteht; hier können Schwierigkeiten nicht entstehen, weil die Erfüllung des einen Anspruchs auch dem anderen Berechtigten zu gute kommt. Ist aber der Schaden gemäss § 251 B.G.B. in Geld zu ersetzen, so entsteht der Anspruch nach v. Tuhr auch nur in der Person des Eigentümers, nicht in der des bedingt Berechtigten, da dieser nur eine Anwartschaft auf das Eigentum hat.

[1]) Bei Eintritt der Bedingung steht der Schadensersatzanspruch dem bis dahin bedingt Berechtigten zu. Die bisher dem bedingt Berechtigten zustehende Anwartschaft auf den Schadenersatzanspruch erstarkt zum Schadenersatzanspruch, wie sonst die Anwartschaft auf Eigentum durch den Eintritt der Bedingung zum Eigentum selbst erstarkt. Ebenso Enneccerus a. a. O., Dernburg und Oertmann.

II. Die Rechtsnatur der Sicherungen für Anwartschaften auf auschiebend bedingten Rechtserwerb.

A. Allgemeines.
B. Bürgschaft.
C. Hypothek.
D. Pfandrecht.
E. Vormerkung.

A. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass für eine Anwartschaft auf bedingten Erwerb einer Forderung Bürgschaft übernommen werden (§ 765 Abs. 2), Pfandrecht bestellt (§ 1204 Abs. 2), Hypothek und Vormerkung eingetragen werden kann (§§ 1113 Abs. 2, 883 Abs. 1 Satz 2) und Arrest zulässig ist (§ 916 Abs. 2 Z.P.O.). Was ist aus diesen ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen zu schliessen?

Aus der Tatsache, dass bei der Lehre von der Bürgschaft usw. Sondervorschriften für die Bürgschaft wegen „bedingter Ansprüche" für notwendig gehalten wurden, folgt bereits, dass hier etwas Besonderes bestimmt wird, das von der übrigen Lehre von der Bürgschaft usw. abweicht. Denn wären diese Vorschriften etwas Selbstverständliches, so wäre die besondere Hervorhebung überflüssig. Sie bedeuten auch eine Aenderung bezw. Aufhebung der sonst geltenden Rechtssätze insofern, als sie den anerkannten und sonst konsequent durchgeführten Grundsatz der Akzessorietät dieser Sicherungsrechte umstossen. Die genannten Sicherungsrechte sind wirksam ohne Rücksicht auf das Schweben der Bedingung, d. h. sie sind gerade so wirksam, als ob an Stelle der zu sichernden Anwartschaft bereits während der Schwebe das Recht selbst unbedingt bestände. Man war sich bei der Abfassung des Gesetzes über diese Durchbrechung der Akzessorietät durchaus im klaren; denn es heisst in den Motiven [1]): „Wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechts ist es erforderlich, dass bei deren Verpfändung auf die zu sichernde Forderung hingewiesen wird . . . . . Bei der bedingten Forderung könnten schon eher Zweifel entstehen, da . . . . . die Forderung vorläufig nur in Gestalt des bedingten Rechts besteht; indessen wird eine Sicherung des bedingten Rechts nicht versagt werden dürfen, da das praktische Bedürfnis hierzu nötigt". An anderer Stelle [2]) wird gesagt: „Eine besondere Erwähnung der bedingten Forderung im Gesetz erscheint ratsam, um dem Zweifel vorzubeugen, welcher aus der Art und Weise, wie das Recht der aufschiebenden Bedingung geregelt ist, hergeleitet werden könnte".

Dass die Durchbrechung der Akzessorietät des Pfandrechts praktisch notwendig war, erhellt aus der Ueberlegung, dass z. B. der Pfandgläubiger andernfalls während der Schwebe nie sein Recht geltend machen könnte, da er zur Gültigkeit des Pfandrechts

[1]) Motive § 1145, 4.
[2]) eod. § 1062, IV 2, Seite 638.

beweisen müsste, dass die Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht bestellt ist, auch tatsächlich besteht; dazu ist er aber bei der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb nicht imstande, da die Forderung eben noch nicht besteht.

Emmerich [1]) unterscheidet in seiner Untersuchung dieser Frage zunächst richtig zwischen solchen Pfandrechten, bei denen das Moment der Bedingung in der Forderung und solchen, bei denen es im Pfandrecht selbst enthalten ist, sagt aber dann weiter: „Infolge der akzessorischen Natur des Pfandrechts handelt es sich aber in beiden Fällen um bedingte Pfandrechte; in beiden Fällen ist überhaupt noch kein Pfandrecht, sondern nur eine Anwartschaft auf Erwerb eines Pfandrechts vorhanden; es ist deshalb einerlei, ob das Moment der Bedingung in Forderung oder Pfandrecht enthalten ist". Diese Auffassung ist m. E. verfehlt. War es dann noch nötig, dass das Gesetz die oben erwähnten Bestimmungen überhaupt traf? Nein, denn dass das Pfandrecht als solches bedingt auftreten kann, bedurfte keiner besonderen Erwähnung; aus jenen Bestimmungen ist vielmehr zu schliessen, dass das Pfandrecht trotz Bedingtheit der Forderung unbedingt und vollgültig entsteht [2]).

B. Bezüglich der für eine Anwartschaft bestellten Bürgschaft kommt die herrschende Meinung zu dem Ergebnis, dass die Bürgschaftsschuld abhängig von der Entstehung der Hauptschuld, mithin einstweilen in der Schwebe sei [3]). Trotzdem möchte ich an der oben dargelegten Behauptung, dass die Bürgschaft während der Schwebe vollgültig bestehe, dass mithin auch hier eine Durchbrechung des Prinzips der Akzessorietät vorliege, festhalten. Wollte man dem nicht folgen, so würde sich daraus ergeben, dass ein Bürge, der sich für eine aufschiebend bedingte Schuld eines Dritten dem Gläubiger gegenüber im Auftrage des Hauptschuldners gültig verbürgt hat, ruhig zusehen müsste, wenn sich die Vermögensverhältnisse dieses rapid verschlechtern; er wäre nicht in der Lage, die ihm in diesem Falle gemäss § 775 zustehenden Rechte geltend zu machen. Er wäre mithin hier schlechter gestellt, wie bei der Bürgschaft für eine unbedingte Schuld. Dass das aber nicht der Sinn des Gesetzes ist, geht daraus hervor, dass die Bestimmung nur dann einen Sinn haben kann, wenn sie die Akzessorietät der Bürgschaft durchbricht. Wollte man das leugnen, so müsste man behaupten, dass während der Schwebe überhaupt noch keine Bürgschaft vorhanden wäre.

Zur Unterstützung dieser Behauptung, dass eine Durchbrechung des genannten Prinzips vorliegt, mag noch folgendes erwähnt werden: Das Gesetz kennt noch weitere Fälle, die sich als Durchbrechung dieses Prinzips darstellen und beweisen, dass gerade bei der Bürgschaft dieser Grundsatz nicht streng durchgeführt ist; so

[1]) Emmerich, S. 94.
[2]) vgl. auch Isay, S. 192.
[3]) Enneccerus II, § 412, I. Oertmann zu § 765, 3a. Staudinger zu § 765, 6a.

im Falle des § 767 Abs. 1 Satz 3 (hier allerdings nur zu gunsten des Bürgen), dann im Falle des § 768 Abs. 1 Satz 2 (stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Erbe desselben für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet) [1]) und schliesslich im Falle des § 193 Satz 2 K.O. (die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt) [2]). Ein vierter allerdings bestrittener Fall ist der des § 365 H.G.B. [3]).

C. Was für Bürgschaft gesagt worden ist, gilt in gleichem Maasse für Hypothek und Pfandrecht. Die Hypothek zunächst kann gemäss § 1113 B.G.B. auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden. Es wird nun zwar die Ansicht vertreten, dass in diesen Fällen bis zum Eintritt der Bedingung neben einer bedingten Gläubigerhypothek eine vorläufige Eigentümergrundschuld bestehe, die dann später ohne besondere Umwandlung in eine unbedingte Gläubigerhypothek übergehe derart, dass der eingetragene Gläubiger ein materielles Hypothekenrecht erst mit der endgültigen Entstehung der Forderung bei Bedingungseintritt erlange [4]). Dem kann aber nicht beigetreten werden. Rein äusserlich betrachtet bestimmt § 1113 Abs. 2 B.G.B.: „Die Hypothek kann auch für eine bedingte Forderung bestellt werden"; hiermit ist lediglich die in Absatz 1 geregelte Belastung gemeint, und das ist die Gläubigerhypothek. Es ergibt sich aber auch aus § 1163 Abs. 1 Satz 1, dass die Hypothek dem Eigentümer zustehen soll, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt; fällt daher die Bedingung aus, so entsteht eine Eigentümerhypothek. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Hypothek auch bis zur Entstehung dem Eigentümer zustehen soll.

Weiter aber können als besonders beweiskräftig für die hier vertretene Auffassung die Bestimmungen der §§ 916, 930, 932, 804 Z.P.O. herangezogen werden: Habe ich zur Sicherung der Anwartschaft einen Arrest erwirkt und wird der Arrest in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung vollzogen, so ist unzweifelhaft, dass die Hypothek ein voll gültiges Pfandrecht erzeugt. Die Entstehung eines Pfändungspfandrechts ist ja nach herrschender Lehre unabhängig davon, dass die Forderung oder der Anspruch, für den es erwirkt ist, auch tatsächlich besteht [5]). Es könnte daher, wollte man die Durchbrechung der Akzessorietät des Pfandrechts nicht gelten lassen, die genannte Sicherungshypothek ein Pfandrecht niemals erzeugen. Dass sie aber ein Pfandrecht erzeugt, unterliegt keinem Zweifel. Die Durchbrechung des Prinzips der Akzessorietät zu gunsten der

---

[1]) Reichel, Schuldübernahme S. 85.

[2]) Uebereinstimmend Reichel a. a. O. und Westerkamp S. 90.

[3]) Vgl. darüber Westerkamp, S. 117 ff.; Jäger, Anm. 14 zu § 193 K.O.

[4]) Insbesondere R.G. 51, 45 oben und in ständiger Rechtsprechung, siehe R.G.Re. Anm. 7 zu § 1113.

[5]) Vgl. Stein, Vorm. II, 2 vor § 704 und d. d. Gen.

für Anwartschaften bestellten Sicherungen wird durch sie klar bewiesen [1]) u. [2]).

D. Bezüglich des Pfandrechtes ist folgendes zu sagen: Die Bestellung des Pfandrechts erfolgt gemäss § 1205 B.G.B. durch Einigung und Uebergabe der Sache. Ist aber das Pfand dem Gläubiger übergeben, so kann man ihm nicht mehr ansehen, ob das Pfandrecht für eine bereits entstandene oder eine bedingte Forderung bestellt ist. Das Pfandrecht ist hier aber auch tatsächlich schon vor Existenz der Forderung ein präsentes Recht des künftigen Gläubigers, das nicht etwa erst durch die Entstehung der Forderung oder den Eintritt der Bedingung bedingt ist [3]). Der Pfandnehmer ist bereits zum Besitz berechtigt, gegen Dritte stehen ihm die Ansprüche aus § 1227 B.G.B. zu. Für die Zeit der Entstehung des Pfandrechts ist nicht die Zeit der Entstehung der Forderung, sondern die Zeit der Bestellung des Rechts gemäss § 1209 B.G.B. massgebend. Er hat daher alle Rechte des Pfandgläubigers mit Ausnahme selbstverständlich des Rechts, sich aus der Sache zu befriedigen. Das liegt aber nicht daran, dass er noch keine Forderung hat; denn wer auch bereits eine Forderung hat, hat das Verwertungsrecht erst dann, wenn die Forderung fällig geworden und in eine Geldforderung übergegangen ist. Vgl. Wolff, S. 578. Fällt die Bedingung aus, so erlischt das Pfandrecht [4]). Bis dahin steht das Pfandrecht dem Gläubiger als vollgültiges zu [5]) u. [6]).

E. Die Sicherung der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb durch Vormerkung ist besonders wichtig für den Fall eines bedingten Grundstückskaufs. Wird ein Grundstückskaufvertrag in der Form des § 313 B.G.B. unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so entsteht für den Käufer eine Anwartschaft auf Auflassung [7]). Die Sicherung dieser Anwartschaft mit dinglicher Wirkung ist durch Vormerkung möglich [8]); der Verkäufer

---

[1]) Ausführlich darüber Steinberg, S. 404 ff.

[2]) Ebenso im Ergebnis Steinberg a. a. O., Güthe, Bem. 14 zu § 22, S. 532 ff., Biermann, Bem. 3 zu § 1113, Beck, Maximalhyp. S. 45 II, Goldmann-Lilienthal, S. 576, Anm. 18.

[3]) a. M. Gierke, § 170, II 2, Anm. 11, S. 972.

[4]) Ist das Pfandrecht wegen Nichtentstehung der Forderung, d. h. wegen Ausfalls der Bedingung erloschen, so ist der Pfandgläubiger nicht nur zu allem verpflichtet, was jedem Pfandgläubiger obliegt, sondern auch zur Herausgabe dessen, was er etwa auf Grund seines Pfandrechtes gezogen hat.

[5]) Wolff, § 162, 3 Seite 578. R.G. in Gruchot 56, S. 995 ff. und in Jur.-Woch. 1911 S. 367 Nr. 23. Biermann, Bem. 3c zu § 1204, Staudinger, Bem. 2b zu § 1204.

[6]) Bei Verderbsgefahr kann er das Pfand öffentlich versteigern lassen, obwohl die Forderung noch bedingt ist.

[7]) Die Auflassung selbst kann nach § 925 Abs. 2 nicht bedingt sein.

[8]) Der Verkäufer kann sich auch resolutiv in der Weise sichern, dass er sich den Rückfall des Eigentums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises ausbedingt.

bleibt Eigentümer, dem Käufer wird die Auflassung des Grundstücks in seinem gegenwärtigen Zustande zugesichert [1]).

Die für eine Anwartschaft eingetragene Vormerkung unterscheidet sich in keiner Weise von der für einen unbedingten Anspruch eingetragenen; sie gewährt dieselben vollen Rechte.

Die Frage, ob die Vormerkung für eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb gleich den anderen Sicherungen ein Recht sei, kann deshalb nicht aufgeworfen werden, weil auch die Vormerkung für einen unbedingten Anspruch, wie heute wohl unstreitig ist, kein Recht ist; sie ist vielmehr nach überwiegender Ansicht lediglich ein formelles Sicherungsmittel mit dinglicher Wirkung [2]).

Die Wirkung der Vormerkung ist die, dass ein nachstehend eingetragener Eigentumserwerb insoweit unwirksam ist, als er den vorgemerkten Anspruch vereiteln würde. Im vorliegenden Falle stellt sich diese Beeinträchtigung oder Vereitelung erst bei dem Eintritt der Bedingung heraus; mithin kann auch erst von diesem Zeitpunkt ab die Löschung gemäss § 888 Abs. 1 B.G.B. verlangt werden [3]).

Der Gedanke der Fiktion, dass die bedingten Forderungen bezüglich der für sie bestellten Sicherungen als vollgültig und unbedingt behandelt werden, kommt klarer zum Ausdruck im Schweizer Obligationenrecht Art. 172, II: „Der bedingt Berechtigte ist befugt, bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregel zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre."

Zusammenfassend kommen wir zu dem Ergebnis: Für die Dauer der Schwebe wird zur Sicherung der Anwartschaft fingiert, dass die betreffende Forderung bereits bestehe, und zwar als eine unbedingte, noch nicht fällige; dies natürlich nur insoweit, als Bürgschaft, Pfandrecht, Vormerkung und Hypothek (auch Arresthypothek) in Frage kommen. Es kann sich dabei immer nur um Sicherung, nie um Befriedigung handeln. Es entsteht daher ein vollgültiges Pfandrecht usw., nicht eine Anwartschaft auf ein Pfandrecht. Das entstehende Pfandrecht ist

1. das einer noch nicht fälligen Forderung. Daraus folgt, dass das Pfandrecht immer nur zur Sicherung, nie zur Befriedigung führen kann [4]),
2. resolutiv bedingt für den Fall des Ausfalls der Bedingung, bestehend also während der Schwebe.

---

[1]) Es wird ein bedingter Anspruch dann nicht genügen, wenn der Eintritt der Bedingung von der reinen Willkür des Verpflichteten abhängt, da dieser in einem solchen Falle überhaupt nicht gebunden ist. Turnau-Förster, Bem. II, 4 zu § 885 S. 216. Biermann, S. 131.

[2]) So Staudinger, Bem. IV zu § 883: Cretzschmar Bem. IV, 1 zu § 883, Turnau-Förster zu § 883 II, 4 a, S. 196, Biermann, Vormerkung und Widerspruch S. 184, Wolff, § 48; VII (negatives Herrschaftsrecht), Güthe, Bem. XIV zu G.B.O., § 25, S. 592 (ein unter keinen Rechtsbegriff zu bringendes eigenartiges Sicherungsmittel).

[3]) Dass die Anwartschaft durch Arrestvollzug, also durch ein Pfändungspfandrecht, gesichert werden kann, ergibt sich aus § 916 Z.P.O.; im einzelnen wird hierauf noch später im Abschnitt „Zivilprozess" zurückzukommen sein.

[4]) Enneccerus, § 186, Staudinger zu § 163, 2.

Die sich hieraus ergebenden Folgerungen sollen an einigen Beispielen gezeigt werden:

Beispiel 1: Kauf einer Maschine auf Probe (§ 495 B.G.B.) unter Verpfändung eines Depots.
Der Lieferant hat eine Anwartschaft auf den Kaufpreis, für diesen ist das Depot verpfändet.
Folge: Vollwirksames Pfandrecht: Er kann bereits während der Schwebe nach den Bestimmungen über das Pfandrecht gemäss § 1227 B.G.B. die zur Abwehr der Beeinträchtigung seines Rechts notwendigen Schritte tun.

Beispiel 2: Der Erblasser hat dem A ein Heiratsvermächtnis ausgesetzt; der verlobte Bedachte A hat gemäss § 916 Z.P.O. eine Arresthypothek gegen den Erben erwirkt. Der Erbe führt eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks herbei. Gemäss § 1134, 1135 B.G.B. kann hier A Klage auf Unterlassung (aus der Hypothek) anstellen.

Beispiel 3: Ein Landwirt kauft eine Dreschmaschine auf Probe (§ 495 B.G.B.) XBank bürgt: Vollwirksame Bürgschaft für eine Anwartschaft, die bereits während der Schwebe wirksam ist. Klage der XBank gemäss § 775 B.G.B. ist bereits während der Schwebe möglich.

Gegen

Beispiel 1: Möbelkauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 B.G.B.). Während der Schwebe kann der bedingt Berechtigte auf Grund der Anwartschaft auf Eigentum nicht die rei vindicatio gegen Dritte anstellen; eventuell bei Störung des Besitzes die Besitzklagen.
Ergebnis: Die Sicherung für eine Anwartschaft erzeugt ohne weiteres als Vollrecht fällige Ansprüche; die Anwartschaft selbst nicht.

Beispiel 2: „Ich will die Bürgschaft für Ihre Forderung gegen X übernehmen, wenn Sie Ihren Konkursantrag gegen X zurücknehmen."
Hier ist die Forderung unbedingt, die Bürgschaft aber bedingt durch die Rücknahme des Konkursantrags. Vor der Rücknahme besteht daher lediglich eine Anwartschaft, noch keine wirksame Bürgschaft; daher auch hier keine Klage aus § 775 B.G.B. oder dergl.

F. Inwieweit finden die einzelnen für die Rechte geltenden Normen Anwendung auf die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb?

I. Privatrecht:

A. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte.

B. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte.

II. Oeffentliches Recht:

A. Zivilprozess.

B. Konkurs.

C. Zwangsversteigerung.

D. Steuer- und Stempelrecht.

I. Privatrecht.

A. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte.

a) Allgemeiner Teil.

I. Inhalt der Anwartschaften.
II. Anwartschaften auf Schuldverhältnisse aus Verträgen.
III. Erlöschen der Anwartschaft.
IV. Uebertragung der Anwartschaft.
V. Schuldübernahme und Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

b) Einzelne Schuldverhältnisse.

I. Kauf.
II. Miete.
III. Dienstvertrag.
IV. Maklervertrag.
V. Bürgschaft.
VI. Vorlegung von Sachen.
VII. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Jede einzelne Frage, die in der Lehre von den Rechten auftaucht, entsteht auch bei der Anwartschaft. In einzelnen Fällen macht die Uebertragung und Anwendung dieser Sätze keine Schwierigkeiten; es ist z. B. ein bedingter Vertrag wegen Betrugs, Irrtums usw. ebenso anfechtbar wie ein unbedingter. In anderen Fällen aber ergeben sich tiefgehende Verschiedenheiten; so können z. B. die für die Erfüllung der Rechtsgeschäfte geltenden Rechtssätze nicht ohne weiteres angewandt werden.

In der folgenden Untersuchung sollen — entsprechend der gewohnten Anordnung des Rechtssystems — und zwar zunächst für das Privatrecht in Anlehnung an die Ordnung des Gesetzes die einzelnen Gebiete systematisch daraufhin untersucht werden, inwieweit ihre Normen auf die Anwartschaft anwendbar sind; soweit sich grundsätzliche Verschiedenheiten ergeben, sollen diese ausführlicher besprochen werden.

Es müssen auch hier, ebenso wie das Gesetz zwischen relativen und absoluten Rechten scharf scheidet, die Anwartschaften auf den Erwerb relativer von den Anwartschaften auf den Erwerb absoluter Rechte aufs schärfste getrennt werden. Eine solche getrennte systematische Untersuchung ist in keiner der bisher über diese Frage erschienenen Abhandlungen, soweit diese mir zugänglich waren, durchgeführt; meist werden beide durcheinander geworfen oder es wird nur die eine oder die andere Anwartschaft behandelt.

Formvorschriften.

Bei der Untersuchung der Formvorschriften erscheint eine gemeinschaftliche Behandlung beider Arten von Anwartschaft (absoluter wie relativer) angebracht. Folgendes ist zu bemerken:

Zur Begründung einer Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb eines relativen oder absoluten Rechtes muss die für das Hauptgeschäft vorgeschriebene Form gewahrt werden; eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb einer Leibrente etwa kann gemäss § 761 B.G.B. nur schriftlich geschaffen werden: die gleichen Erfordernisse, die an den Erwerb des Eigentums zu stellen sind, insbesondere also Besitzübertragung in einer der in den §§ 929—931 B.G.B. bezeichneten Arten sind auch bezüglich des Erwerbs der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb dieser Rechte zu stellen [1]).

Das ergibt sich zunächst aus dem allgemeinen Satze, dass die Vorverpflichtung der Form bedarf, die für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist; man pflegt diesen Satz, der im Gesetz nirgends ausdrücklich festgelegt ist, vornehmlich damit zu begründen, dass das für den Hauptvertrag vorgeschriebene Formerfordernis umgangen werden könnte, wenn man die Vorverpflichtung formlos anerkennen wollte [2]).

Im Falle der Anwartschaft wird man noch weiter anführen können, dass noch mehr wie sonst Vorverpflichtung und Hauptvertrag, hier Anwartschaft und Folge als Stadien desselben Vertrags als Ganzes zu betrachten sind. Die Anwartschaft soll lediglich durch den Eintritt der Bedingung zum Recht erstarken; der Eintritt der Bedingung kann aber regelmässig formlos — etwa durch blosses Erleben — erfolgen; es muss daher notwendigerweise das bedingte Geschäft schon die für das Hauptgeschäft vorgeschriebene Form wahren.

Das aufgestellte Erfordernis ergibt sich auch aus der aus der Anwartschaft folgenden rechtlichen Bindung. Diese besteht, wie oben ausgeführt, bereits während der Schwebe. Sie kann aber nur bestehen, wenn das Rechtsgeschäft in der Form abgeschlossen ist,

---

[1]) vgl. Brecht, S. 264 ff.

[2]) Staudinger, Vorbem. 8 vor § 145, Oertmann, Bem. 6 b zu § 125, S. 393. R.G. 48. 136. Recht 07, 1313.

die das Gesetz als bindend anerkennt. Aus ihr folgt daher mit Notwendigkeit das Erfordernis der für das Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form.

---

a) I. Inhalt der Anwartschaften.

1. Inhalt der Leistung . . . (§ 241 ff.).
2. Schadensersatz . . . . . (§ 249 „).
3. Wahlschuld . . . . . (§ 262 „).
4. Zurückbehaltungsrecht . . (§ 273).
5. Stellvertretendes commodum (§ 281).
6. Verzug . . . . . (§ 284 „).

---

1. Inhalt der Leistung.

a) § 241 Satz 1: Durch die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb entsteht zwar ein Schuldverhältnis, aber es entsteht noch keine Forderung und daher weder ein Anspruch des Gläubigers, noch eine Verpflichtung des Schuldners. Es kann daher z. B. bei einem Kauf auf Probe während der Schwebe nicht ein Anspruch auf Lieferung oder Zahlung in Frage stehen, sondern höchstens bereits ein Anspruch auf gewisse sekundäre Leistungen, wie etwa ein Anspruch auf ordnungsgemässe Verwahrung der auf Probe gekauften Maschine gegeben sein [1]).

In einer der neuesten Entscheidungen des Reichsgerichts vom 25. Januar 1919 (D. Jur. Ztg. 1919 S. 434) wird folgender Fall mitgeteilt: Kläger hat im September Sardinen auf Besicht gekauft. Da ihm weder Muster noch Ware gesandt wurden, setzte er dem Verkäufer eine Frist gemäss § 326 B.G.B. und verlangte nach deren fruchtlosen Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Beklagte bestritt nicht den Abschluss des Kaufes, machte aber geltend, die Ware sei so schlecht gewesen, dass sie der Kläger auf Besicht nicht gebilligt haben würde, und dass er sie im Falle der Billigung nur mit Verlust hätte weiterverkaufen können. Das Reichsgericht führt aus: „Gehe man davon aus, dass der Kauf eine bestimmte Partie Sardinen auf Besicht im Sinne des § 495 B.G.B. zum Inhalt gehabt habe, so sei zwar der Kauf schon mit dem Abschluss des Vertrags zustande gekommen, seine Wirksamkeit aber an die aufschiebende Bedingung der Billigung durch den Käufer geknüpft. Die Verpflichtung des Verkäufers habe sich daher darin erschöpft, die Ware dem Kläger zur Besichtigung zu stellen, nicht aber dafür einzustehen, dass sie z. Zt. der Besichtigung von mittlerer Art und Güte sei. Der Beklagte sei daher nicht mit dem Einwand zu hören, dass der

[1]) Dass aber schon während der Zeit vom Vertragsschluss bis zum Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung, d. h. während der Schwebe, eine rechtlich anerkannte und geschützte Lage des bedingt Berechtigten vorhanden ist, aus der sich vorläufige Rechte, wenn auch keine definitive auf Leistung ergeben, wird an späterer Stelle (siehe Teil Zivilprozess) auszuführen sein.

Kläger die Sardinen auf Besichtigung nicht gebilligt haben würde, wohl aber mit dem, dass er den Kläger vor der Besichtigung von den Mängeln in Kenntnis gesetzt habe."

b) § 241 Satz 2: An dieser Stelle ist auch nach § 241 Satz 2 die Frage einer während der Schwebe etwa vorhandenen Unterlassungspflicht zu behandeln. Es ist von einigen Schriftstellern [1]) der Satz aufgestellt worden, während der Schwebe bestehe eine indirekte Verpflichtung zur Unterlassung eines den Erfolg des Rechtsgeschäfts gefährdenden Verhaltens mit dem Ergebnis der Sicherung des bedingt Berechtigten; die Sicherung der Anwartschaft solle mit anderen Worten auf einer im Gesetz begründeten Unterlassungspflicht des bedingt Verpflichteten beruhen. So gibt Hellwig [2]) dem bedingt Berechtigten eine Unterlassungsklage gemäss § 259 Z.P.O., wenn der bedingt Belastete eine Handlung vorzunehmen droht, durch welche er seine Verpflichtung, während der Schwebezeit das Recht des Anderen nicht zu vereiteln oder zu beeinträchtigen, verletzt; er hält demzufolge auch eine einstweilige Verfügung auf Verbot der im § 160 B.G.B. bezeichneten Handlungen für zulässig und kommt dann zu dem Ergebnis, „die Hauptsache" im Sinne der §§ 936, 926 Z.P.O. sei nicht die Frage nach der Existenz des noch nicht eingetretenen Rechts, sondern die Frage, „ob die verbotene Handlung kraft jener unbedingten Unterlassungspflichten zu unterbleiben habe [3]).

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. § 160 enthält lediglich einen Schadensersatzanspruch für den Fall des Eintritts der Bedingung; nimmt der bedingt Verpflichtete während der Schwebe gegenteilige Handlungen vor, so erwächst dem bedingt Berechtigten kraft der positiven Vorschrift des § 160 ein Anspruch auf Schadensersatz im Moment des Eintritts der Bedingung [4]). Mit keinem Worte wird aber etwas über Verpflichtungen des bedingt Verpflichteten und daraus erwachsender Rechte des bedingt Berechtigten während der Schwebe gesagt. Will man eine Unterlassungspflicht während der Schwebe konstruieren, so lässt sie sich nicht aus §§ 160 ff. folgern. Sie müsste höchstens unter Anwendung der allgemeinen Rechtssätze über Treu und Glauben aus dem zu Grunde liegenden Vertrage, d. h. aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung hergeleitet werden. Nicht also aus der Bedingtheit des Vertrags gehen etwaige Ansprüche hervor, sondern aus den bei Beurteilung jedes Vertrags anzuwendenden Rechtssätzen über vertragsmässiges und vertragswidriges Verhalten. Das zeigt sich besonders klar, wenn die Anwartschaft nicht auf einem Vertrag beruht, so etwa in folgendem Falle:

Anwartschaftschaft auf ein Heiratsvermächtnis:

---

[1]) vergl. Staudinger zu 160, 2 „Unterlassungspflicht", Hölder, Bemerkung 1 zu 160.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, § 54, S. 396.

[3]) Hellwig, a. a. O., Anm. 41.

[4]) Dass der § 160 insofern Selbstverständliches regelt, als der Anspruch auch ohnedies auf Grund des Surrogationsprinzips gegeben wäre, ist oben gesagt.

Worin soll hier die Unterlassungspflicht des Erben beruhen? Etwa in einer als Auflage in das Testament hinein zu interpretierenden Verpflichtung, dass er den Bedachten nicht hindere zu heiraten?

Dass andererseits ein Unterlassungsanspruch während der Schwebe gegebenenfalls bestehen kann, zeigt folgender Fall:

Kaufe ich bei einem Kunsthändler ein Bild unter der Bedingung, dass über die Echtheit zunächst noch ein Gutachten eingeholt werde und trifft dann der Kunsthändler Anstalten, das Bild während der Schwebe weiterzuverkaufen, so kann ich zunächst gemäss § 935 Z.P.O. eine einstweilige Verfügung erwirken. Ich kann aber auch auf Unterlassung klagen, allerdings nicht auf Grund der §§ 160, 161 B.G.B., wohl aber auf Grund des ursprünglichen Vertrags, inhaltlich dessen der Händler mit Rücksicht auf Treu und Glauben verpflichtet ist, das Bild für mich reseviert zu halten; handelt er dem zuwider, so liegt darin eine positive Vertragsverletzung und es erwachsen die sich hieraus ergebenden Rechte [1]). Der Unterlassungsanspruch ist hiernach begründet als Ausfluss der rechtlichen Vertragsbindung der Parteien und unabhängig von dem Eintritt der Bedingung, der allein die §§ 160 ff. anwendbar machen würde.

2. Schadensersatz.

Auch Anwartschaften auf Schadensersatz kommen vor. Genau wie sich der Anspruch auf Leistung unter gewissen Voraussetzungen in einen Anspruch auf Schadensersatz verwandelt, so auch die Anwartschaft auf Leistung in die Anwartschaft auf Schadensersatz. Da beim unbedingten Geschäft der Anspruch auf Schadensersatz einem vertragswidrigen Verhalten entspringt, sich mithin als eine Folgeerscheinung der zwischen den Parteien vorhandenen vertraglichen rechtlichen Bindung darstellt, ist auch die Anwartschaft auf Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt der bestehenden rechtlichen Bindung zu erklären. Denn wie oben in dem Abschnitt „Rechtliche Bindung“ ausgeführt worden ist, bestehen bereits mit Abschluss des bedingten Vertrags, obwohl die Wirksamkeit noch ungewiss und die gewollte Wirkung noch nicht entstanden ist, Rechtswirkungen, auf deren Erwerb für den Fall des Eintritts der Bedingung der bedingt Berechtigte bereits eine gesicherte Aussicht hat. Dem im B.G.B. anerkannten Surrogationsprinzip [2]) entspricht daher auch eine Anwartschaft des bedingt Berechtigten auf das vermögensrechtliche Surrogat [3]).

Hat jemand eine Wohnung zum 1. Januar vermietet und überlässt sie vor Einzug eines Mieters einem Dritten, so liegt eine nachträgliche schuldhafte Unmöglichkeit der Leistung vor (§ 280 B.G.B.). An Stelle des Anspruchs auf Ueberlassung der Mietsräume erhält der Mieter den Anspruch auf Schadensersatz.

---

[1]) Staub Exc. zu § 374 Anm. 172—187.
[2]) Vgl. §§ 718, II, 1381, 1382, 2019, 2041, 2111, 2374 B.G.B.
[3]) Semeka, S. 124.

Hatte der Vermieter einem Beamten die Wohnung nur unter der Bedingung vermietet, dass dieser in die betreffende Stadt versetzt werde, so tritt im geschilderten Falle während der Schwebe an die Stelle der Anwartschaft auf Ueberlassung der Mietsräume die Anwartschaft auf Schadenersatz. Tritt die Bedingung ein, so erstarkt diese Anwartschaft zum Schadensersatzanspruch. Diese Anwartschaft könnte, falls der Vermieter seine Verpflichtung bestreiten sollte, bereits Gegenstand einer Feststellungsklage sein, sie ist auch, wie oben ausgeführt, übertragbar und vererblich.

Bezüglich dieses Anspruchs und dieser Anwartschaft auf Schadensersatz könnte eingewandt werden, zu dem gleichen Ziele gelange man auch auf dem Wege des § 160 B.G.B., da diese Bestimmung gerade den oben erwähnten Fall im Auge habe. Das trifft z. T. zu; in vielen Fällen wird man tatsächlich im Falle eines Verschuldens nach Eintritt der Bedingung dem Geschädigten den Anspruch auf Schadensersatz unmittelbar aus § 160 B.G.B. geben können. Nicht aber kann man die bereits während der Schwebe zulässige Feststellungsklage auf diese Weise begründen: § 160 regelt lediglich einen einzelnen, allerdings den wichtigsten Fall der Surrogation der Anwartschaft auf Schadensersatz in die Anwartschaft auf Erfüllung.

Die Richtigkeit dieser Ansicht geht auch aus folgendem hervor: Wenn in einem Lieferungsvertrag etwa für den Fall nicht pünktlicher Lieferung ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz versprochen war, so muss, wenn der Vertrag bedingt war, nach Eintritt der Bedingung zweifellos auch ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben sein. Dieser Anspruch kann aber nicht auf § 160 B.G.B. gegründet werden, da hter ja Verschulden vorausgesetzt wird. Der Anspruch kann daher nur als herausgewachsen aus der bereits in der Schwebe vorhandenen Anwartschaft auf Leistung, die in die Anwartschaft auf Schadensersatz übergegangen war und die bei Eintritt der Bedingung zum Vollanspruch erstarkt, angesehen werden.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, dass bereits während der Schwebe eine aus der Anwartschaft auf Leistung hervorgehende Anwartschaft auf Schadensersatz vorhanden ist, die übertragbar, vererblich und der Sicherung fähig ist, auch Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann.

3. Wahlschuld (§ 262 ff.).

Streitig ist, ob die Wahl bereits vor Eintritt der Bedingung bei bedingten Wahlschulden vollzogen werden kann [1]). Es wird geltend gemacht [2]), die Wahl bei bedingten Wahlschulden sei deshalb vor Eintritt der Bedingung unzulässig, weil einerseits praktische Gründe dagegen sprächen — die Sicherheit der Gläubiger, die bis zur Wahl eine doppelte ist, wird eine geringere — dann werden

[1]) Staudinger, Bem. 5, Abs. 2 zu 263.
[2]) Leonhard, Franz, Ihring's Jahrbücher 41, S. 31 ff.

auch die Bestimmungen bei Aufrechnung, Mahnung und Kündigung analog herangezogen; Enneccerus [1]) sagt, falls etwa nach Absicht der Parteien die alternative Fassung dem Gläubiger eine besondere Sicherung gewähren solle, was bei bedingten Wahlschulden oft zutreffe, könne diese Sicherung dem Gläubiger nicht vorzeitig durch einseitige Wahlerklärung entzogen werden. Hiergegen wird wieder eingewandt, dem Schuldner müsse in analoger Anwendung des § 271 Abs. 2 B.G.B. das Recht der Wahl auch während der Schwebe zuerkannt werden [2]).

Um zu einer Entscheidung der Frage zu kommen, ist zunächst festzustellen, dass die Erklärung der Wahl die Konzentration der während der Schwebe vorhandenen rechtlichen Bindung bedeutet. Wie sich bei der unbedingten Wahlschuld durch die Wahl das Schuldverhältnis auf den einen Gegenstand konzentriert, so konzentriert sich auch die Anwartschaft nunmehr auf einen Gegenstand; rechtliche Bindung innerhalb der Parteien besteht von diesem Augenblick an nur noch in dieser auf einen Gegenstand beschränkteren Hinsicht.

Weiter sind aber bei der Untersuchung der Frage m. E. folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Wahlrecht auf Gläubigerseite:

Hier ist kein Grund vorhanden von dem aufgestellten Satze abzuweichen, dass die Ausübung der Wahl während der Schwebe eine Konzentration der vorhandenen rechtlichen Bindung bedeutet; praktische Bedenken gegen die Ausübung des Wahlrechts während der Schwebe können nicht auftauchen; sind mehrere Gegenstände in obligatione, so ist es für den Schuldner belanglos, wann der Gläubiger von seinem Wahlrecht Gebrauch macht.

b) Wahlrecht auf Schuldnerseite:

Auch hier ist grundsätzlich gegen die Ausübung der Wahl während der Schwebe nichts einzuwenden, da das Gesetz eine gegenteilige Bestimmung ausdrücklich nicht getroffen hat; die analoge Heranziehung der Bestimmungen bei Aufrechnung, Mahnung und Kündigung ist daher durch das Gesetz nicht begründet. Ein alltäglicher Fall wäre etwa der, dass bei einer Glasversicherung der Versicherer das Wahlrecht hat, entweder Naturalrestitution zu leisten (die Scheibe selbst einsetzen zu lassen) oder den dafür erforderlichen Geldbetrag zu zahlen; welches Interesse sollte hier der Versicherungsnehmer daran haben, zu verhindern, dass der Versicherer bereits während der Schwebe sich ein für allemal für die eine der Leistungen entscheidet.

Ein Fall ist allerdings denkbar, in dem — das trifft aber auch beim unbedingten Geschäft zu — die Wahl vor Eintritt der Bedingung nicht möglich ist, nämlich dann, wenn die alternative

[1]) Enneccerus II, § 242, II 1.
[2]) Binder und Bernhöft, Beiträge S. 41.

Fassung ausdrücklich gewählt ist, um dem Gläubiger eine besondere Sicherung zu gewähren. In diesem von Enneccerus angeführten Falle — geschuldet wird ein Schimmel oder M. 3000 — würde allerdings die Ausübung des Wahlrechts durch den Schuldner — bei der unbedingten Wahlschuld vor der Fälligkeit der Leistung, bei der bedingten Wahlschuld vor dem Eintritt der Bedingung — eine Verschlechterung der Stellung des Gläubigers bedeuten. Hier also müsste der Eintritt der Bedingung abgewartet werden.

Abgesehen von diesem Spezialfalle also ist die Ausübung der Wahl vor dem Eintritt der Bedingung zulässig, die Anwartschaft auf eine Wahlschuld mithin ebenso konzentrierbar wie die Wahlschuld selbst. Konzentriert wird eben die, wie oben ausgeführt, bereits während der Schwebe vorhandene rechtliche Bindung.

4. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 B.G.B.).

Es kann fraglich sein, ob man ein Zurückbehaltungsrecht hat, wenn man statt einer Forderung nur eine Anwartschaft besitzt.

Das Zurückbehaltungsrecht ist das Recht des Schuldners, seine Leistung zu weigern, bis ein ihm gegen den Gläubiger zustehender Anspruch befriedigt ist. Von den gemäss § 273 B.G.B. erforderlichen Voraussetzungen zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts interessiert hier insbesondere die der Fälligkeit. Da sie auf den ersten Blick bei einer aufschiebend bedingten Forderung ausgeschlossen ist, kommt Emmerich zu dem Ergebnis: „Für bedingte Forderungen kommt das Zurückbehaltungsrecht nicht in Frage“ [1]). In der Tat ist festzustellen, dass eine Anwendungsmöglichkeit für eine Anwartschaft nur insoweit gegeben sein kann, als sie ausnahmsweise fällige Ansprüche erzeugt.

Wird z. B. ein Mietvertrag unter aufschiebender Bedingung geschlossen, so ist der Vertrag gleichwohl sofort stempelpflichtig. Für die Entrichtung des Stempels haften beide Teile als Gesamtschuldner, im Innenverhältnis besteht, falls nicht andere vertragliche Vereinbarungen getroffen sind, Ausgleichungspflicht. Hat der eine Teil die Stempelgebühr entrichtet, so ist ihm gegen den anderen Teil ein Rückbehaltungsrecht an einer in seinem Besitz befindlichen Sache desselben zuzuerkennen.

5. Stellvertretendes commodum (§ 281 B.G.B.).

Das hier zu behandelnde Surrogationsprinzip ist bereits oben in dem Abschnitt „Schadensersatz“ erwähnt und gewürdigt worden. Es findet Anwendung auf aufschiebend bedingte Rechtsverhältnisse für den Fall, dass die Leistung während der Schwebe vor dem Eintritt der Bedingung unmöglich wird. Die für das Surrogationsprinzip überhaupt geltenden Grundsätze treffen auch hier zu [2]). Dies ist unbestritten, sodass wir folgendes Ergebnis unbedenklich feststellen können: Erlangt der Schuldner für den Gegenstand, auf den sich

[1]) Emmerich, S. 129 u. Anm. 168.
[2]) Motive II zu § 238, S. 47. Staudinger zu § 281, 5.

die Anwartschaft bezieht (z. B. in dem oben angeführten Fall der Kunsthändler für das Bild) einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so erwirbt der Gläubiger während der Schwebe eine Anwartschaft auf den Ersatz bezw. auf Abtretung des Ersatzanspruchs [1]); mit Eintritt der Bedingung erstarkt die Anwartschaft, wie immer zum Vollrecht, hier zum Anspruch auf das Erlangte.

6. Verzug.

a) Schuldnerverzug (§ 284 B.G.B.).

Von den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs interessiert bei der Anwartschaft lediglich wiederum die Fälligkeit. Schuldverzug kann bei der Anwartschaft begrifflich nur insoweit in Frage kommen, als die Anwartschaft ausnahmsweise fällige Ansprüche erzeugt, z. B. in folgendem Falle: Ein Mietvertrag wird unter aufschiebender Bedingung geschlossen; der Vater des Mieters bürgt unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage; der Vertrag ist sofort stempelpflichtig. Hier kann der Vermieter, wenn der Mieter mit der Zahlung in Verzug kommt, sofort von dem Vater des Mieters den Ausgleich des halben Stempels verlangen. Insoweit ist also ausnahmsweise auch bei einer bedingten Schuld Schuldnerverzug möglich.

b) Gläubigerverzug (§ 293 B.G.B.).

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die angebotene vertragsgemässe Leistung nicht annimmt. Die Möglichkeit der Erfüllung gehört also begrifflich zu den Voraussetzungen des Gläubigerverzugs. Mithin kann Gläubigerverzug nur insoweit vorkommen, als Erfüllung der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb möglich ist. Wie aber später gezeigt werden wird [2]), ist Erfüllung der Anwartschaft nicht möglich, es kann nur Leistung an Erfüllungsstatt in Frage kommen. Durch deren Nichtannahme aber, die immer im Belieben des Gläubigers steht, kann der Gläubiger nicht in Verzug kommen, sodass also bei der Anwartschaft Gläubigerverzug nicht praktisch werden kann.

Eine Ausnahme ist allerdings auch hier insoweit denkbar, als aus der Anwartschaft ausnahmsweise fällige Ansprüche entstehen können. Soweit z. B. in dem obigen Falle die eine Partei der anderen zur Erstattung des von dieser verauslagten ganzen oder halben Mietstempels verpflichtet ist, ist auch ein Annahme-(Gläubiger-)verzug möglich.

---

[1]) Enneccerus, § 249, S. 70.

[2]) siehe Teil „Erfüllung", S. 53 ff.

II. Anwartschaft auf Schuldverhältnisse aus Verträgen.

1. Unmöglichkeit . . . . (§ 306 ff).
2. Draufgabe, Vertragsstrafe (§ 336 „).
3. Rücktritt . . . . . (§ 346 „).

---

1. Unmöglichkeit (§ 306 ff.).

a) Vorbemerkungen: Es ist zunächst zu prüfen, welchen Einfluss der Moment des Vertragsschlusses und derjenige des Eintritts der Bedingung auf das Vorliegen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit hat, mit anderen Worten: welcher Moment ist massgebend, um die Unmöglichkeit als ursprüngliche oder als nachträgliche zu charakterisieren? Die Frage wird durch folgenden Fall veranschaulicht:

Ein Student kauft bei einem Antiquar eine Bibliothek für den Fall, dass er das bevorstehende Examen bestehe; nach Vertragsschluss, aber vor der Prüfung, verbrennt dem Antiquar die Bibliothek ohne sein Verschulden [1]).

Die oben in dem Abschnitt „Rechtsnatur der Anwartschaft" gemachten Ausführungen, insbesondere die als Folge der Anwartschaft erkannte rechtliche Bindung der Parteien, nötigen zu dem Schlusse, dass der Moment des Vertragsschlusses der massgebende sein muss, dass also nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt. Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung [2]).

Um die einzelnen sich ergebenden Rechtsfolgen festzustellen, sind auch hier die für unbedingte Ansprüche geltenden Rechtssätze entsprechend anzuwenden. Kauft jemand unter aufschiebender Bedingung beim Kunsthändler ein Bild, das nach Vertragsschluss bei diesem (Uebergabe hat nicht stattgefunden) verbrennt, so sind folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

aa) Die Unmöglichkeit beruht auf einem Umstande, den keiner zu vertreten hat; die bedingte Verpflichtung des Schuldners fällt in analoger Anwendung des § 275 B.G.B. fort. Die Anwartschaft auf den Kaufpreis geht gemäss § 323 B.G.B. dem Händler verloren.

bb) Die Unmöglichkeit beruht auf einem Umstande, den der Käufer zu vertreten hat. Gemäss § 324 B.G.B. behält hier beim unbedingten Geschäft der Händler den Anspruch auf die Gegenleistung [3]); er selbst wird von seiner Leistung befreit, ist aber berechtigt, die Gegenleistung zu fordern, wie wenn er erfüllt hätte. Entsprechend bleibt die Anwartschaft auf den Kaufpreis erhalten. Mit Eintritt der Bedingung erstarkt die Anwartschaft auf den Kaufpreis zur Forderung auf diesen.

---

[1]) Oertmann zu § 306, 1, γ S. 128.

[2]) Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung, Seite 27; Staudinger zu § 306, 1, β; Oertmann a.a.O.; Enneccerus § 268, a 1.

[3]) Die Vorschrift des § 324 Abs. 1 Satz 2 ist gegebenenfalls zu berücksichtigen.

cc) Die Unmöglichkeit beruht auf einem Umstand, den der Händler zu vertreten hat. Dem Käufer erwachsen jetzt zwei Möglichkeiten: Er kann einmal nach § 160 B.G.B. im Falle des Eintritts der Bedingung ohne weiteres Schadensersatz verlangen. Er kann aber auch von den Rechten Gebrauch machen, die ihm § 325 B.G.B. gibt, d. h. er kann vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Rücktritt stellt sich, wie im Abschnitt „Rücktritt" gezeigt werden wird, als Rücktritt von der rechtlichen Bindung dar und kann daher schon sofort, d. h. vor Eintritt der Bedingung vollzogen werden. Der Anspruch auf Schadensersatz allerdings geht nach dem Surrogationsprinzip aus der ursprünglichen Anwartschaft auf die Sache hervor, die sich in eine Anwartschaft auf Schadensersatz verwandelt hat [1]). Der Anspruch auf Schadensersatz entsteht daher hier erst mit dem Eintritt der Bedingung, da auch erst in diesem Augenblick der Anspruch auf die Leistung entstehen würde. Das Resultat ist also das gleiche wie im Falle des § 160 B.G.B. — § 160 ist als lex specialis gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des § 325 B.G.B. anzusprechen — nur die juristische Konstruktion ist eine andere. Die Konstruktion aus § 325 lässt sich aber nicht entbehren, da sonst der Rücktritt nicht zu rechtfertigen wäre.

b) **Fall des § 306 B.G.B.** Ueber Anwartschaften, die auf unmögliche Leistungen gerichtet sind, ist folgendes zu sagen: Die Bestimmung des § 306 B.G.B. findet auf die Anwartschaften ohne weiteres Anwendung; ist der bedingte Vertrag von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet, so ist er, wie der unbedingte, nichtig. War die Unmöglichkeit dem einen Vertragsteil bekannt oder musste er sie kennen, so entsteht, wie beim unbedingten Vertrag ein Anspruch, entsprechend hier eine Anwartschaft auf das negative Interesse.

c) **Fall des § 308 B.G.B.** Einen Sonderfall regelt § 308 Abs. 2:

> „Wird eine unmögliche Leistung unter einer . . . . aufschiebenden Bedingung . . . versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung . . . gehoben wird."

Mit anderen Worten: Wird die ursprünglich unmögliche Leistung noch während der Schwebe möglich, so ist der Vertrag gültig. Es bestehen also zwei Schwebezustände hintereinander:

1. vom Vertragschluss bis zum Möglichwerden,
2. von da bis zum Eintritt der Bedingung.

Der unter 2. genannte Schwebezustand ist die hier in Frage stehende gewohnte Anwartschaft.

Anders der erste Schwebezustand. Ueber seine Natur sagt das Gesetz lediglich, dass der Vertrag durch Eintritt der Bedingung gültig werde; seine Beurteilung ist daher der juristischen Konstruktion überlassen. In seiner Untersuchung dieser Frage kommt

[1]) v. Tuhr § 81 S. 295 Anm. 29.

Titze [1]) zu folgendem Ergebnis: Ein bedingter Vertrag könne deshalb nicht vorliegen, weil die Parteien von der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung nichts gewusst, mithin auch das Möglichwerden der Leistung nicht als Bedingung der Wirksamkeit des Vertrags gesetzt hätten. Demnach liege bis zum Eintritt der Bedingung ein nihil, ein vorläufig nichtiger Vertrag vor. Die Folge davon aber wäre, dass der „Anspruch" des Gläubigers auf die später möglich werdende Leistung günstigstenfalls einen Schutz gemäss § 826 B.G.B. geniesse; würde der Schuldner nach Abschluss des Vertrags von der Unmöglichkeit Kenntnis erhalten, und den Eintritt der Möglichkeit schuldhaft verhindern, so stünden dem Gläubiger nicht einmal die Rechte aus § 162 B.G.B. zu, ebensowenig wie irgendwelche Sicherungsrechte bei noch so nahe bevorstehender Hebung der Unmöglichkeit. Dieses Ergebnis sei unbefriedigend und auch praktisch unhaltbar; es bleibe daher nichts anderes übrig, als zu der Konstruktion des bedingten Vertrags zurückzukehren.

Anzuerkennen ist, dass auch diese „Anwartschaft" bereits einen Vermögenswert haben kann. Jedoch lassen sich ihr die beiden anderen der hier behandelten Anwartschaften eigentümlichen Hauptwirkungen — rechtliche Bindung der Parteien und Möglichkeit der Sicherstellung — mangels positiver diesen Fall regelnder Vorschriften des Gesetzes nur dann beilegen, wenn man mit Titze dem Bedürnisse der Praxis zwar nachkommend, aber dem Wortlaut des Gesetzes entgegen entscheidet. Wir kommen zu nachfolgendem Ergebnis:

aa) **Rechtliche Bindung**: Es besteht noch keine rechtliche Bindung, da der Vertrag nach dem Wortlaut des § 308 Abs. 2 erst nach Möglichwerden Rechtsschutz geniesst. Es besteht nur die tatsächliche Möglichkeit des Eintritts einer rechtlichen Bindung. Die Anwartschaft ist daher nicht zedierbar und nicht pfändbar.

bb) **Vermögenswert** kann die schwache Anwartschaft schon haben.

cc) Einer **Sicherung** ist sie noch nicht fähig. Es muss als ausreichend erachtet werden, dass dem Gläubiger die Bestimmung des § 826 B.G.B. einstweilen zur Seite steht.

2. Draufgabe, Vertragsstrafe (§ 336 ff.).

Eine Frau engagiert ein Dienstmädchen zum 1. Januar, „wenn ihre Herrschaft sie ziehen lässt" und gibt ihr bereits einen Mietstaler. Es liegt eine Anwartschaft auf Abschluss eines Vertrags vor, die Draufgabe ist gegeben als Zeichen des Abschlusses des bedingten Vertrags, als Zeichen der bereits bestehenden rechtlichen Bindung. Daher ist unzweifelhaft, dass sie während der Schwebe nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden kann.

[1]) Titze, Unmöglichkeit, S. 219 ff.

Fraglich ist nur die Rechtslage bei Ausfall der Bedingung; § 337 Abs. 2 bestimmt, dass die Draufgabe zurückzugeben ist, wenn der Vertrag wieder aufgehoben wird. Entsprechend muss auch bei Ausfall der Bedingung der Mietstaler zurückerstattet werden. Der Anspruch auf Rückgabe entsteht aber erst durch den Ausfall der Bedingung, während der Schwebe war die Draufgabe gültig gegeben, allerdings auflösend bedingt für den Fall, dass die Bedingung ausfalle.

3. Rücktritt (§ 346 ff.).

Vereinbarter Rücktritt ist offenbar schon während der Schwebe möglich, denn es ist ein Rücktritt von der bereits bestehenden rechtlichen Bindung. So kann z. B. der Kunsthändler, der ein Bild unter der Bedingung verkauft hat, dass ein Sachverständiger es für echt erkläre und der sich den Rücktritt vorbehalten hat, unbedenklich schon vor Erstattung des Gutachtens zurücktreten. Etwa bereits empfangene Leistungen usw. sind gemäss § 346 B.G.B. zurückzugewähren. Hier entsteht keine Anwartschaft auf Rückgabe, sondern ein mit der Erklärung des Rücktritts fälliger Anspruch. Das Gleiche muss aber auch gelten, wenn einer Partei ein Rücktrittsrecht kraft Gesetzes wie etwa in dem obenerwähnten Falle des § 325 B.G.B. gewährt wird; hier bestimmt § 327 B.G.B. ausdrücklich, dass die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung finden. Auch wo das Gesetz keine besondere Bestimmung gibt, muss angenommen werden, dass der Rücktritt bereits während der Schwebe möglich ist; es würde nur eine unnütze Verzögerung bedeuten, wollte man verlangen, dass erst der Eintritt der Bedingung abgewartet werden müsse.

Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist er unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung des Rücktritts entrichtet wird (§ 359 B.G.B.). Wie ist nun bei Rücktritt von der Anwartschaft das Reugeld zu behandeln, etwa in folgendem Falle: Ein Rennstallbesitzer meldet die Stute Fabula für das Jagdrennen an unter der Bedingung, dass das erkrankte Pferd bis dahin wieder hergestellt sei; auf der Zurückziehung der Nennung steht das übliche Reugeld; wie nun wenn er vor Entscheidung der Bedingung bereits die Nennung zurückzieht?

Das Reugeld verfällt nur bei Eintritt der Bedingung, nicht etwa schon bei der sonstwie erfolgenden Zurückziehung der Nennung, andererseits ist eine Zurückziehung der Nennung nur gegen Reugeld statthaft. Der Vertragsgegner hat während der Schwebe nur eine Anwartschaft auf das Reugeld, die für den Fall des Eintritts der Bedingung sich in einen Anspruch auf Reugeld verwandelt. Hier muss in analoger Anwendung des Rechtssatzes, dass bei der Anwartschaft immer da Sicherung eintritt, wo bei dem unbedingten Anspruch Leistung verlangt werden kann, angenommen werden, dass das Reugeld bis zur Entscheidung der Bedingung zu hinterlegen ist.

III. Erlöschen der Anwartschaft.

1. Erfüllung . . . . . (§ 362 ff.).
2. Hinterlegung . . . . (§ 372 „).
3. Aufrechnung . . . . (§ 387 „).

Die wichtigsten Erlöschungsgründe eines Anspruchs sind Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Eintritt eines Endtermins, confusio, Novation, Unmöglichkeit der Leistung, Aufhebungsvertrag (contrarius actus).

Es ist zu prüfen, wie sich die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb diesen Erlöschungsgründen gegenüber verhält. Bei einzelnen erlischt die Anwartschaft ganz analog dem Anspruch, z. B. Eintritt eines Endtermins: „Kaufen Sie für mich M. 20,000.— Preussische Konsols von 1908 limit 90.“ Die Anwartschaft auf Ausführung des Geschäfts für den Fall der Erreichung des Limits erlischt börsenusancemässig nach einiger Zeit, etwa nach 14 Tagen.

Das Gleiche gilt für den Fall des Eintritts einer auflösenden Bedingung, bei Erlass, Unmöglichkeit, confusio usw.: z. B. der Berechtigte aus einem Heiratsvermächtnis beerbt den Erben.

Bei anderen Erlöschungsgründen aber ergeben sich tiefgehende Verschiedenheiten.

1. Erfüllung (§ 363 ff.).

Die herrschende Lehre vertritt den Standpunkt, dass die rechtsgültige Zahlung aufschiebend bedingter Schulden ausgeschlossen sei; eine vor Eintritt der Bedingung gemachte Leistung kann als nicht geschuldet zurückgefordert werden [1]). Sie begründet diese Erfüllungsunmöglichkeit [2]) damit, dass nach dem Gesetz „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, d. h. also das Recht auf Leistung erst mit dem Eintritt der Bedingung eintrete“, also nicht vorher. Wie nun aber, wenn der Gläubiger schon in der Schwebe die ihm vom Schuldner angebotene Leistung annimmt? Warum sollte eine solche im beiderseitigen Einverständnis erfolgende vorzeitige Leistung nicht möglich sein?

Folgender Fall möge die praktische Richtigkeit dieses Satzes belegen: Dem Neffen des Erblassers ist „zur Gründung einer Existenz“ ein Vermächtnis ausgesetzt, zahlbar wenn er 25 Jahre alt geworden ist [3]). Warum sollte hier der Erbe nicht schon etwa ein Jahr früher, also vor Eintritt der Bedingung zahlen können, wenn sich für den Neffen eine gute Gelegenheit bietet, sich mit dem Gelde eine Existenz zu gründen!

---

[1]) Enneccerus I, 1, § 185, I, 4, S. 508. Staudinger Bem. 1 zu § 160. v. Tuhr II, § 81, I, 1, S. 293.

[2]) Büsing, S. 22.

[3]) Bedingtes Vermächtnis, nicht befristet, da nur für den Fall des Erlebens.

Allerdings ist diese Leistung keine Erfüllung gemäss § 272 Abs. 2, da nicht „die geschuldete Leistung" bewirkt wird [1]), wohl aber stellt sie eine Leistung an Erfüllungsstatt gemäss § 364 B.G.B. dar. Nimmt der Gläubiger die ihm angebotene Leistung an Erfüllungsstatt an, so erlischt das Schuldverhältnis ebenso, wie wenn die geschuldete Leistung bewirkt wäre. Hieraus folgt weiter: Der Vermächtnisnehmer (Neffe) kann die angebotene Zahlung zurückweisen und verlangen, dass ihm das Geld erst zu dem dem Testament entsprechenden Termin ausgezahlt werde. Auf der anderen Seite aber kann der Erbe, wenn der Neffe zwischen Zahlung und Erreichung des 25. Lebensjahres stirbt, also die Bedingung ausfällt, nicht das Geld zurückfordern, da er mit Rechtsgrund geleistet hat, eine ungerechtfertigte Bereicherung also nicht in Frage kommt. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, da der Erbe durch die verfrühte Hingabe freiwillig darauf verzichtet hat, eventuell durch den Tod des Berechtigten von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden; dieser Verzicht liegt in der verfrühten Hingabe der Leistung an Erfüllungsstatt, er braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden [2]).

Es wird die Ansicht vertreten, dass nach Ausfall der Bedingung die Leistung zurückverlangt werden kann, wenn der Nichteintritt der Bedingung dem Gegner bekannt war, da die Leistung in diesem Falle als anticipierte Erfüllung aufzufassen sei [3]). Fasst man aber, wie hier angenommen wird, die Leistung als Annahme an Erfüllungsstatt auf, so kann von einer anticipierten Erfüllung nicht die Rede sein; es liegt endgültige Erfüllung vor, für die condictio ist kein Raum.

Erfüllung ist natürlich möglich, wo die Anwartschaft, wie schon wiederholt betont wurde, fällige Ansprüche ausnahmsweise erzeugt, z. B. Kosten des Stempels bei bedingtem Mietvertrag.

2. Hinterlegung (§ 372 ff.).

Gemäss § 372 B.G.B. kann der Schuldner zur Erfüllung hinterlegen, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug ist. Dieser ist aber, wie oben ausgeführt, bei der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb begrifflich unmöglich, da Erfüllung und Annahmeverzug hier nicht vorkommen.

Hinterlegung kann weiter stattfinden im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung wegen eines in der Person des Gläubigers liegenden Grundes und schliesslich im Falle der Ungewissheit über die Person des Gläubigers. Auch diese beiden Fälle können bei der Anwartschaft nicht praktisch werden, da sie Erfüllung voraussetzen und Erfüllung der Anwartschaft ausscheidet.

---

[1]) Geschuldete Leistung ist die Zahlung des Vermächtnisses, wenn der Neffe 25 Jahre alt geworden ist.

[2]) Staudinger, Bem. 1a zu § 364.

[3]) v. Tuhr II, § 81, Anm. 17.

Ein anderer Fall ist der der Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung z. B. wenn der bedingt Verpflichtete zur Hemmung des Arrestvollzugs nach § 916 Z.P.O. hinterlegt. Diese Hinterlegung zur Sicherheitsleistung kann zugleich einen (sekundären) der Anwartschaft entspringenden fälligen Anspruch auf Sicherheitsleistung erfüllen. Klagt z. B. der Bürge einer bedingten Forderung gegen den Hauptschuldner auf Sicherheitsleistung gemäss § 775 B.G.B., so erfüllt die vorgenommene Hinterlegung des Anwartschaftsschuldners den fälligen Anspruch des Bürgen auf Hinterlegung.

3. Aufrechnung § 387 ff.).

Schulden zwei Personen einander gleichartige Leistungen, so kann jeder Teil aufrechnen; dass zwei gleichartige Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb, die also auch durch das gleiche ungewisse zukünftige Ereignis bedingt sind, sich gegenüberstehen, dürfte wohl kaum vorkommen. In diesem Falle wäre Aufrechnung unbedenklich zuzulassen. Es soll im folgenden nun geprüft werden, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn eine Anwartschaft einer Forderung gegenübersteht.

Dem Wortlaut des Gesetzes nach ist die Möglichkeit der Aufrechnung der Anwartschaft gegenüber der Forderung ausgeschlossen[1]), denn nach dem Wortlaut müssten beide Teile aufrechnen können; hier aber kann überhaupt nur Aufrechnung des einen Teils in Frage kommen, nämlich dessen, der volle Forderung hat und nur bedingt schuldet. In der Wissenschaft ist aber der Satz anerkannt, dass, wenn eine Forderung fällig, die andere noch befristet ist, der besser Berechtigte aufrechnen kann. Entsprechendes gilt auch bei Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht; auch hier kann der besser Berechtigte aufrechnen. Die Aktivforderung also muss gültig und darf nicht durch eine Einrede entkräftbar sein. Dass die Passivforderung aber mit einer Einrede behaftet ist, hindert nach allgemein anerkannter Ansicht die Gültigkeit der Aufrechnung nicht[2]) u. [3]).

Ist der Schuldner daher gemäss der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 B.G.B. berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kann er gegen die befristete Forderung des Gläubigers eine ihm selbst gegen diesen zustehende fällige Forderung auch schon vor Eintritt der bestimmten Zeit aufrechnen[4]).

M. E. bestehen keine Bedenken, diesen Satz auch auf Anwartschaften insoweit analog anzuwenden, als Erfüllung bei der Anwartschaft möglich ist, denn auch Aufrechnung ist Erfüllung. Zwar wird sich ein Recht des aus der Anwartschaft Verpflichteten zur

[1]) Ebenso v. Tuhr II, § 81, I, S. 292. Bothe, S. 31, Anm. 6.

[2]) Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, § 1, S. 171.

[3]) Auch bei der Spielschuld kann der Verlierer dem andern Teil gegenüber aufrechnen; Oertmann, Recht 01, 447; ders. Kom. Bem. 1c zu § 387.

[4]) Staudinger, Bem. I, 5 zu § 387; Enneccerus II, § 294, III S. 198; Oertmann 1d zu § 387.

vorzeitigen Leistung nicht begründen lassen, da ein solches eben als dem Wesen der Anwartschaft widersprechend nicht besteht. Wohl aber ist eine durch Vertrag vereinbarte vorzeitige Leistung denkbar; dann können aber auch gegen eine einseitige Aufrechnung keine Bedenken bestehen.

Folgender Fall möge die Richtigkeit und praktische Verwertbarkeit dieser Ansicht beweisen: Ein Schiff ist gegen Seeunfall versichert; die Versicherungssumme soll vertragsgemäss 3 Monate nach Eintreffen der letzten Nachricht ausgezahlt werden (Anwartschaft des Versicherungsnehmers auf die Versicherungssumme aufschiebend bedingt durch Unfall). Nach 2 Monaten nach Eintreffen der letzten Nachricht erklärt sich die Versicherung im Einverständnis mit dem Versicherer bereit, die Versicherungssumme bereits jetzt zu zahlen. Hier muss ihr auch das Recht zugesprochen werden, mit einer ihr gegen den Versicherer zustehenden fälligen Forderung gegen die Versicherungssumme aufzurechnen.

Eine Aufrechnung ohne Zustimmung des Gegners ist nicht möglich, da der bedingt Verpflichtete nicht ohne Zustimmung des bedingt Berechtigten zur Leistung während der Schwebe berechtigt erscheint und dieser zur Annahme der Leistung vor Eintritt der Bedingung nicht gezwungen werden kann.

Verjährung (§ 194 ff.). [1])

Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Der Anspruch entsteht hier erst mit dem Eintritt der Bedingung, folglich läuft auch bei bedingten Ansprüchen erst von diesem Moment ab die Verjährung. Dieser Gedanke ist zugleich ein wesentliches Argument dafür, dass der Anspruch nicht schon während der Schwebe vorhanden ist, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung entsteht. Wollte man das leugnen, so käme man zu dem unsinnigen Ergebnis, dass ein Anspruch schon vor Eintritt der Bedingung verjähren könnte [2]).

Soweit aus dem bedingten Recht bereits ein fälliger Anspruch entsteht, beginnt auch seine Verjährung bereits vor Eintritt der Bedingung [3]). Das gilt z. B. für einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in dem mehrfach erwähnten Falle des § 775 B.G.B, sowie den ebenfalls wiederholt erwähnten während der Schwebe fällig werdenden Ansprüchen auf Stempel und Kosten.

---

[1]) Da das B.G.B. nur Verjährung von Ansprüchen behandelt, halte ich eine Betrachtung dieser Frage an dieser Stelle (hinter den Erlöschungsgründen der Anwartschaft) für angebracht.

[2]) Ebenso Staudinger Bem. 3c zu § 198. Cosak I, S. 320. Hellmann, Vorträge S. 210. v. Tuhr II, § 82; III, S 319.

[3]) Ebenso Staudinger a. a. O.

IV. Uebertragung der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb (§ 398 ff.).

„Man war darüber einig, dass die während der Schwebezeit der Bedingung bestehende Anwartschaft einen Vermögenswert bilde, welcher, wie jeder andere Vermögensbestandteil auf die Erben übergehe. Man erachtete aber nicht für erforderlich, dies durch eine besondere Bestimmung zum Ausdruck zu bringen und erwog, dass die Aufnahme einer solchen dazu nötigen würde, hinsichtlich der Veräusserlichkeit, der Uebertragbarkeit unter Lebenden, der Pfändbarkeit usw. gleichfalls Vorschriften einzustellen“ [1]). An der Uebertragbarkeit kann um so weniger gezweifelt werden, als nach herrschender Ansicht sogar Forderungen, die überhaupt noch nicht bestehen, wenn sie nur genügend bestimmt bezeichnet sind, zediert werden können [2]). Nicht übertragbar ist die Anwartschaft insoweit, als auch das bei Eintritt der Bedingung entstehende Vollrecht nicht übertragen werden kann, z. B. §§ 514, 847, 1300 B.G.B. Die Bedingung kann aber auch so gemeint sein, dass sie nur zu Gunsten des ersten Erwerbes wirken soll. Dann besteht eine persönliche Anwartschaft, aus der nur dem ersten Erwerber ein Recht erwachsen kann. Das ist von Fall zu Fall festzustellen [3]).

Tritt der bedingt Berechtigte die Anwartschaft ab, so verfügt er hierbei zunächst über seine Anwartschaft; da aber die Anwartschaft einen Teil der Forderung bildet, entsteht die Forderung demjenigen, der die Anwartschaft bei Eintritt der Bedingung besitzt. War also die Anwartschaft bereits bei Eintritt der Bedingung abgetreten, so entsteht infolge der Uebertragung dann bei Eintritt der Bedingung das Recht nicht mehr für den Veräusserer, sondern für den, dem er die Anwartschaft übertragen hat. Bei der Uebertragung einer bedingten Forderung erwirbt der Zessionar zunächst die dem Zedenten zustehende Anwartschaft; mit Eintritt der Bedingung erstarkt diese zum Recht auf die Forderung [4]). Genau genommen ist also der Zedent in keinem Augenblick Gläubiger gewesen, sondern nur „Anwartschaftsgläubiger“, er ist aber trotzdem im Sinne der §§ 404, 406—408 als „bisheriger Gläubiger“ zu behandeln [5]). Dass derjenige, dem bedingt Eigentum übertragen ist, es ebenso bedingt weiter übertragen kann, unterliegt keinem Zweifel [6]). Die Uebertragung erfolgt, wie die des unbedingten Eigentums, durch Eigentum und Uebergabe, an deren Stelle die Traditionssurrogate treten können.

---

[1]) Protokolle E. I. § 132, S. 181.

[2]) Z. B. im Versicherungsvertrag die Klausel, wonach der Versicherungsnehmer seine eventuellen Ansprüche gegen Dritte wegen des versicherten Schadens an die Versicherungsgesellschaft abtritt. So auch Crome II, § 198, S. 324. v. Tuhr II, 2, § 81, S. 307; R.G. 55, 334; D.J.Z. 04, 745.

[3]) vgl. v. Tuhr II, 2, § 81. Anm. 97 und die dort Genannten.

[4]) R.G. 67, 425. O.L.G. 31, 324.

[5]) Zu unterscheiden von der Zession der Anwartschaft auf eine Forderung ist die bedingte Zession einer unbedingten Forderung. Bei der ersten ist die Person des Zessionars nicht zweifelhaft; bei der bedingten Zession dagegen entstehen Bedenken. Hellwig (Anspruch und Klagerecht, § 30, III, S. 214(

V. Schuldübernahme; Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§ 414 bezw. 420 ff.).

Es kann auch einer bestehenden Schuld gemäss § 414 oder 415 B.G.B. ein Dritter bedingt beitreten, sodass der ursprüngliche Schuldner schlechthin, der neue nur bedingt haftet. Leistet nun der uneingeschränkt Verpflichtete während der Schwebe, so erwirbt er in analoger Anwendung des § 426 Absatz 2 auf Grund der cessio legis eine Anwartschaft auf Ausgleich gegen den nur bedingt Verpflichteten.

Mehrere Anwartschaftsschuldner und -Gläubiger bei der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb sind denkbar; es finden die für die einzelnen entwickelten Grundsätze auf die mehreren entsprechende Anwendung.

---

b. I. Kauf.

1. Allgemeine Vorschriften . . . . . (§ 433 ff.).
2. Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§ 459 ff.).
3. Besondere Arten des Kaufes . . . . . (§ 494 ff.).

---

1. Allgemeine Vorschriften (§ 433 ff.).

Bei der Betrachtung der Vorschriften über den Kauf sind zwei verschiedene Fälle streng zu scheiden. Einmal der unter aufschiebender Bedingung abgeschlossene Kaufvertrag, wie etwa der Kauf auf Probe, zum andern der Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Bei dem letzteren ist nicht der obligatorische Kaufvertrag bedingt, bedingt ist vielmehr lediglich die Uebertragung des Eigentums, die im Zweifel an die aufschiebende Bedingung der Zahlung des gestundeten Kaufpreises durch den Käufer geknüpft ist (§ 455 B.GB.[1]). Es entstehen daher uneingeschränkte obligatorische Rechte und eine (dingliche) Anwartschaft auf Uebertragung des Eigentums.

Anders im ersten Fall; hier ist der Kaufvertrag selbst bedingt geschlossen. Es entsteht daher eine Anwartschaft auf Lieferung der Ware bezw. auf die Kaufpreisforderung. Nur dieser letztere Fall interessiert hier.

---

vertritt den Standpunkt, während der Schwebe könne der Schuldner weder an den bisherigen Gläubiger leisten, da ungewiss sei, ob er Gläubiger bleiben werde, noch an den Dritten, den Zessionar, da ungewiss sei, ob dieser Gläubiger werden werde. Deshalb brauche der Schuldner einstweilen an keinen von beiden allein zu leisten. M. E. widerspricht das dem Gesetze, da nach § 158 B.G.B. offenbar nur der Zedent während der Schwebe Gläubiger ist.

[6]) Eine andere Frage ist es, ob der Erwerber zur Weiterübertragung befugt ist.

[1]) Denkbar ist natürlich auch der Fall des Eigentumsvorbehalts unter auflösender Bedingung. Diese Frage steht aber ausserhalb des der Arbeit gesteckten Rahmens.

Die meisten Vorschriften des Gesetzes über Kauf finden auch auf das bedingte Geschäft Anwendung; bei einzelnen Fragen entstehen Schwierigkeiten, so bei § 446 B.G.B. Das Gesetz sagt: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über." Die sich ergebende Rechtslage soll an folgendem Falle entwickelt werden:

Jemand mietet am 1. Januar eine durch Todesfall freigewordene Wohnung zum 1. Mai und kauft aus dem Nachlass die noch in der Wohnung stehenden Sachen, wie Oefen, Gardinen, Möbel usw. Am 1. Januar erhält er sofort die Schlüssel zur Wohnung. Damit geht gemäss § 446 B.G.B. die Gefahr auf ihn über, er muss also den Kaufpreis zahlen, auch wenn die Sachen vor dem 1. Mai durch Einbrecher gestohlen werden.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn er die Wohnung nur für den Fall gemietet hat, dass er nach X versetzt werde und die Gegenstände nur unter dieser Bedingung gekauft hat? Wäre durch die Uebergabe die Gefahr bereits übergegangen, so würde sich folgendes ergeben: Der Verkäufer behielte im Regelfalle, d. h. bei unbedingtem Abschluss des Vertrags den Anspruch auf die Kaufpreisforderung, hier demnach nach dem wiederholt erwähnten Grundsatze die Anwartschaft auf die Kaufpreisforderung. Würde also der Mieter nach X versetzt, die Bedingung sonach eintreten, so müsste der Mieter den Kaufpreis zahlen, würde er nicht versetzt, fiele also die Bedingung aus, so müsste er nicht zahlen. Dieses Ergebnis ist widersinnig [1]).

In der Literatur sind die Ansichten darüber, wer die Gefahr eines nach der Uebergabe, aber vor Eintritt der Bedingung kasuell entstandenen Schadens trage, sehr geteilt [2]). Es wird die Ansicht vertreten, der Verkäufer trage die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung [3]), eine Mittelansicht steht auf dem Standpunkt, die Gefahr des Untergangs solle den Verkäufer, die der Verschlechterung den Käufer treffen [4]), die dritte Ansicht endlich entscheidet sich dafür, dass die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung den Käufer treffe [5]).

Um zu einer Entscheidung in dieser Frage zu kommen, ist zunächst grundsätzlich festzustellen, dass die Regelung des § 446 B.G.B. nicht auf dem Grundgedanken der rechtlichen Bindung,

---

[1]) Die sich zunächst ergebende Vorfrage, ob die tatsächliche „Uebergabe" zum Gefahrübergang genügt, soll hier bejaht werden. Eine Untersuchung der Frage findet bei der Behandlung des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt (S. 61 ff.) statt.

[2]) Geht die Sache nach Eintritt der Bedingung unter oder erleidet sie dann eine Verschlechterung, so liegt unbedingter Kaufvertrag vor.

[3]) Dernburg, § 174 IV 4. Staub, Exz. z. § 382 Anm. 24. Planck Bem. 2c zu § 446. Düringer-Hachenburg, III S. 87 ff. V 1a.

[4]) Enneccerus, § 326 2b Anm. 13. Crome § 213, 3a. Staudinger Bem. I 3a zu § 446. Tietze, Unmöglichkeit § 13 S. 258.

[5]) Oertmann Bem. 6b zu § 446. Kisch, Unmöglichkeit, S. 66. v. Tuhr II 2 S. 295. Endelmann I, 2 § 159a Anm. 24 S. 947. Goldmann-Lilienthal § 131, 8 S. 482.

Sicherbarkeit oder des Vermögenswertes eines Anspruchs beruht, der auch auf Anwartschaften übertragen werden könnte; sie beruht vielmehr lediglich auf dem Gedanken, in wirtschaftlich gerechter Weise die Rechtsfolgen zwischen Verkäufer und Käufer zu regeln, wenn die verkaufte Sache durch Zufall untergeht. Es soll nach der Absicht des Gesetzes der, der die wirtschaftlichen Vorteile der Sache hat, auch die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung tragen. Eine Entscheidung hinsichtlich der Anwartschaft muss daher auch in Anwendung der gleichen wirtschaftlichen Gesichtspunkte ergehen.

Es erscheint mir nun richtig, die Gefahr des Untergangs dem Verkäufer, die der Verschlechterung dem Käufer aufzuerlegen, da der Käufer durch die Uebergabe die Möglichkeit hat, wirtschaftlich über die Sache zu verfügen und dieselbe zu benutzen.

Zu diesem Ergebnis führt folgende juristische Erwägung: Kann überhaupt der Eintritt der Bedingung die Vollwirkung des Kaufs noch herbeiführen, wenn das Vertragsobjekt während der Schwebe untergegangen oder verschlechtert ist? Das ist im Falle des Untergangs zweifellos zu verneinen, da die Leistung durch diesen Untergang unmöglich geworden, der Verkäufer mithin eine unmögliche Leistung versprochen hat. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist aber gemäss § 306 B.G.B. nichtig; insoweit kann also durch den Eintritt der Bedingung eine bedingte Verpflichtung, da sie auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, ebensowenig in eine unbedingte verwandelt werden, wie sie neu entstehen kann. Da also die Bedingung nicht mehr wirksam werden kann, ist es ebenso, als wenn sie ausgefallen wäre.

Ist aber die Sache während der Schwebe lediglich verschlechtert, so liegt keine Unmöglichkeit vor. Wäre der Mangel bereits bei Abschluss des Vertrags vorhanden gewesen, so fände nicht etwa § 306 Anwendung, dass nämlich ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sei, vielmehr wäre der Verkauf vollgültig; dem Käufer ständen lediglich die Rechte aus §§ 459 ff. B.G.B. zur Seite, er wäre also insofern günstig gestellt, als er schlechthin das Recht der Wandlung hätte. Wenn nun schon bei der Neuentstehung eines Vertragsverhältnisses ein Fehler nicht als teilweise Unmöglichkeit betrachtet wird, sondern der Vertrag gültig zustande kommt, um wieviel mehr kann erst da keine Unmöglichkeit angenommen werden, wo es sich lediglich um die Konsolidierung einer schon bestehenden Verbindlichkeit handelt. Die Bedingung wird also voll wirksam; der Käufer muss hier trotz Verschlechterung den vollen Kaufpreis zahlen [1]), während im Falle des Untergangs der Sache der Verkäufer den Anspruch auf die Kaufpreisforderung verliert, bezw. der Käufer den schon gezahlten Kaufpreis zurückverlangen kann.

Auf die ebenfalls vertretene Ansicht, dass die Gefahr nach § 159 B.G.B. übergehe, wenn die Parteien der Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt haben (so Planck zu § 446, 2 c, 2 a)

[1]) Stern, Gefahrtragung, S. 36.

soll hier nicht eingegangen werden; ihr könnte nur insofern zugestimmt werden, als in dieser Vereinbarung eine selbständige Regelung des Gefahrübergangs zu erblicken wäre [1]).

Wesentlich anders ist die Rechtslage bei dem eingangs erwähnten Kauf unter Eigentumsvorbehalt, die wenn auch nicht streng zum Thema gehörend, doch hier kurz gestreift werden soll. Hier hat der Käufer die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung zu tragen; denn da der obligatorische Vertrag unbedingt abgeschlossen ist, wird die Gültigkeit desselben durch den Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung nicht berührt, dieser hat vielmehr lediglich Wirkungen auf den Eigentumsübergang. Zur Feststellung der Rechtslage muss kurz auf die umstrittene Frage eingegangen werden, was unter „Uebergabe" im Sinne des § 446 B.G.B zu verstehen ist. Die Einen vertreten die Ansicht [2]), dass hierunter die Eigentumsverschaffung zu verstehen sei, während die überwiegende [3]), wohl auch richtige Meinung die ist, dass nicht Uebertragung voller rechtlicher Verfügungsmacht zu fordern, sondern dass Besitzverschaffung als genügend zu erachten sei. Die Richtigkeit dieser Ansicht, die auch durch die Motive [4]) gestützt wird, ergeben Wortlaut und Sinn des § 446 B.G.B.

Die grammatikalische Auslegung des Wortes Uebergabe spricht hierfür. In dem gleichen Sinne wird auch an anderen Stellen des Gesetzes [5]), insbesondere aber in Abs. 2 des § 446 selbst die Uebergabe der Eigentumsverschaffung gegenübergestellt. Allerdings müsste dieses Ergebnis berichtigt werden, falls sich triftige Gründe dafür anführen liessen, dass § 446 den Ausdruck „Uebergabe" nicht in der üblichen Bedeutung gebrauche, sondern damit den Begriff der „Uebertragung voller rechtlicher Verfügungsmacht" verbinde. Allein hierfür fehlt es an jedem Anhaltspunkt; der Sinn der Vorschrift erschöpft sich vielmehr darin, dass der Verkäufer von dem Augenblick an, in dem er eine Kaufsache aus seinen Händen in die des Käufers gibt, der Pflicht enthoben wird, die Sache zu bewachen und sie vor zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung zu bewahren. Gerade beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt würde es wohl kaum der Billigkeit entsprechen, wollte man dem an sich zur Erfüllung bereiten Verkäufer, der sich bereits des Besitzes der Kaufsache zugunsten des Käufers entäussert hat, die Last der Gefahrtragung aufbürden und es in das Belieben des Käufers stellen, wann er durch Entrichtung seiner unter gewöhnlichen Umständen sofort mit der Uebergabe fälligen Gegenleistung die Gefahr übernehmen will.

---

[1]) Vergl. Stern a. a. O.

[2]) So Dernberg II, § 171 Anm. 3. Planck Bem. 2 zu § 455. Oertmann Bem. 6 zu § 455. Crome, 2, S. 416 Anm. 2a RGRe. § 446 Anm. 1.

[3]) So Enneccerus II, § 341, I, 1, Anm. 1, S. 355. Staudinger Bem. 7 zu § 455; Düringer-Hachenburg III S. 89, V. 4. Stern S 37. Kahn im Recht 03 S. 546. O.L.G. 8, 445; 13, 409.

[4]) Mot. II, S. 324.

[5]) §§ 930, 931, 1205, 2240. B.G.B.

Wenn wir uns also dieser Ansicht anschliessen, kommen wir zu einem auch der Billigkeit durchaus entsprechenden Ergebnis. Der Käufer hat bereits die wirtschaftlichen Vorteile der Sache und die Möglichkeit durch Zahlung des Kauf- bezw. Restkaufpreises das definitive Eigentum zu erwerben; es hiesse daher für das Hinausschieben der Zahlung eine Prämie aussetzen, wollte man nicht die Gefahr auf ihn übergehen lassen [1]) u. [2]).

2. Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§ 459 B.G.B.).

Bezüglich der Wandelung und Minderung ist das über den Rücktritt Gesagte zu wiederholen: während der Schwebe kann bereits vertragsmässig der Rücktritt stattfinden oder ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgeübt werden. Das Gleiche gilt auch hier. Wenn jemand ein Bild unter einer Bedingung kauft, kann er schon während der Schwebe erklären, er nehme das Bild auf keinen Fall, weil es übermalt sei oder werde, falls es für echt erklärt werde, keinesfalls mehr als ¾ des geforderten Kaufpreises dafür zahlen. Willigt der Verkäufer ein, so sind Wandelung bezw. Minderung bereits während der Schwebe vollzogen. Willigt er nicht ein, so würde der Käufer, falls man ihm das Rücktrittsrecht während der Schwebe nicht zuerkennen wollte, zunächst den Eintritt der Bedingung abwarten müssen; dann würde sich für ihn als Folge des Wandlungsanspruchs [3]) ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rücknahme der Sache, als Folge des Minderungsanspruchs ein solcher auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises ergeben [4]). Geht man aber von dem Grundsatz aus, dass eine Wandelung der rechtlichen Bindung während der Schwebe möglich ist, so entsteht demzufolge eine Anwartschaft auf Rückzahlung bezw. teilweise Rückzahlung des Kaufpreises; diese Anwartschaft ist wie immer der Sicherung fähig, Arrest bezw. einstweilige Verfügung können für sie erwirkt werden, auch eine Feststellungsklage ist zulässig.

3. Besondere Arten des Kaufes (§ 494 ff.).

a) Kauf auf Probe (§ 495.).

Der Kauf auf Probe ist ein Vertrag, der im Gesetz ausdrücklich als unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung abgeschlossen genannt wird. Die Bedingung könnte ebenso gut eine auflösende sein (auflösend bedingt durch die Missbilligung); er soll

---

[1]) Stern a. a. O.

[2]) Nur wenn der Käufer die Gefahr trägt, ist es zu verstehen, dass ihm die Befugnis zugesprochen wird, das schwebende Eigentumsinteresse bereits für eigene Rechnung zu versichern. (Vgl. R.G. 74, 126. Korsch, Jur. Woch. 12, 230. Simeon I, § 60 S. 401.)

[3]) Wir schliessen uns im Folgenden der „Herstellungstheorie" an. Vergl. Enneccerus, I, 2, § 333, Anm. 6.

[4]) Ist der Kaufpreis noch nicht gezahlt, so geht dementsprechend der Anspruch auf Aufhebung der Kaufpreisschuld bezw. teilweisen Erlass derselben.

nur, falls die Parteien keine besondere Vereinbarung getroffen haben, „im Zweifel“ als aufschiebend bedingt betrachtet werden. Die Wirksamkeit des im Uebrigen mit allen Erfordernissen abgeschlossenen Kaufvertrags (Bestimmung des Kaufgegenstands, Preises, Einigung und Bindung der Parteien) tritt nur dann ein, wenn der geleistete oder zu leistende Gegenstand dem Käufer entspricht, seine Billigung findet [1]). Die vorliegende Bedingung ist an sich als reine Wollensbedingung aufzufassen; um aber die Gebundenheit zum Ausdruck zu bringen und dem Verkäufer einen gewissen Einfluss auf die Entscheidung der Bedingung zu gewähren gibt § 460 B.G.B. dem Verkäufer das Recht, falls eine Frist zur Erklärung nicht bereits bei Vertragsschluss gesetzt ist, eine solche dem Käufer nachträglich zu bestimmen. Während der Schwebe besteht auch hier eine Anwartschaft auf Kaufpreis und Ware, die sich in keiner Weise von der gewohnten Anwartschaft unterscheidet [2]) u. [3]).

b) Vorkauf (§ 504 ff.).

§ 505 Abs. 2 B.G.B. bestimmt: „Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande unter den Bestimmungen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.“ Hieraus ist zu folgern, dass auch ein bedingter Kauf zum Eintritt in die Berechtigung genügen muss, da hier zwar kein Eintritt in den abgeschlossenen Vertrag, wohl aber in die durch die Anwartschaft geschaffene rechtliche Bindung der Parteien erfolgt. Voraussetzung ist natürlich, dass der Berechtigte in die Bedingung eintritt und eintreten kann [4]).

Der Versicherungsvertrag.

Einen besonders typischen Fall einer Anwartschaft bildet der Versicherungsvertrag; bei der Schadensversicherung ist der Versicherer gemäss § 1 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag [5]) verpflichtet nach dem Eintritt des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer den dadurch verursachten Vermögensschaden nach Massgabe des Vertrags zu ersetzen; der Versicherungsnehmer hat die vereinbarten Prämien zu entrichten. Hier steht der unbedingten Leistungspflicht auf der einen Seite die lediglich beim Versicherungsnehmer vorhandene Anwartschaft auf Zahlung der Versicherungssumme bei Eintritt des Versicherungsfalls gegenüber.

---

[1]) Staudinger Bem. 1, zu § 495.

[2]) Im Verhältnis der Parteien zueinander wird hier im Zweifel obligatorische Rückwirkung der Bedingung gemäss § 159 B.G.B. beabsichtigt sein. Vergl. Muskat, die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kauf auf Probe und bei anderen Verträgen; Gruchot, Beiträge 48, S. 209, ebenso Staudinger a. a. O.

[3]) Hinsichtlich Gefahrtragung vergl. die Ausführungen im Abschnitt Kauf „Allgemeine Vorschriften“ S. 59 ff.

[4]) Ebenso Staudinger Bem. 1a zu § 504; Oertmann Bem. 3 zu § 504; Crome II, § 228, 2a Anm. 19, 445.

[5]) Ges. über den Versich.-Vertrag v. 30. Mai 1908.

Das Gesetz enthält eine Reihe von Vorschriften, die eine besondere Beschränkung der im übrigen im Privatrecht geltenden Vertragsfreiheit darstellen. So sind z. B. die Vorschriften über Rücktritt in besonderer Weise geregelt und an bestimmte Voraussetzungen geknüpft (§ 6 a. a. O.). Weiter ist eine Vereinbarung nach der die Leistung des Versicherers erst mit der Feststellung des Anspruchs durch Urteil fällig werden soll, unwirksam, (§ 11 a. a. O.), die Anzeigepflicht ist in besonderer Weise geregelt (§ 16 a. a. O.). Weiter sind eine Reihe Sondervorschriften aufgestellt, z. B. über die Ausstellung des Versicherungsscheins, über Art und Wirkungen der Police (§ 3, 4 ff. a. a. O.).

Der Versicherungsvertrag ist als typischer Fall einer Anwartschaft in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

II. Miete.

1. Kündigung.
2. Vermieterpfandrecht.

Dass ein Mietvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Während der Schwebe hat der Mieter eine Anwartschaft auf Ueberlassung der Mietssache oder -Räume, der Vermieter eine Anwartschaft auf Entrichtung des Mietzinses.

1. Ein Zweifel kann beim bedingten Mietvertrag insbesondere über die Zulässigkeit der Kündigung bestehen, etwa im folgenden Falle: Es mietet jemand eine Wohnung zum 1. Januar unter der Bedingung, dass er nach Berlin versetzt werde. Während der Schwebe teilt er seinem Vermieter mit, er beabsichtige einen Raum der Wohnung in Untermiete abzugeben, der Vermieter widerspricht. Gemäss § 549 B.G.B. ist der Mieter berechtigt, falls der Vermieter die Erlaubnis zur Untermiete verweigert, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Hat der Mieter dieses Recht schon während der Schwebe oder muss er nach Eintritt der Bedingung erst die Wohnung beziehen, um erst dann zu kündigen? Es wäre widersinnig, den bedingt berechtigten Mieter erst zum Einzug in die Wohnung zu zwingen, um ihn dann sofort kündigen zu lassen.

Ein Kündigungsrecht während der Schwebe bereitet in seiner juristischen Konstruktion nach der hier vertretenen Theorie keine Schwierigkeiten. Die durch den Vertragsschluss geschaffene rechtliche Bindung, die bei der Anwartschaft ebenso besteht wie beim Anspruch, wird durch die Kündigung aufgehoben; die Kündigung stellt sich also als Lösung der rechtlichen Bindung dar und muss deshalb als zulässig erachtet werden.

Für die Zulässigkeit der Kündigung mag auch folgende Entscheidung herangezogen werden: Das Kammergericht [1]) hat die Frage, ob der Erbe des Mieters im Falle des § 569 B.G.B. auf einen vor Beginn der Mietzeit liegenden Termin zu kündigen berechtigt sei, bejaht [2]); (die Mietzeit beginnt etwa am 1. Oktober. Der Mieter stirbt schon am 17. März. Die Erben kündigen zum 1. Juli). In der Begründung der Entscheidung wird ausgeführt: Die Absicht des § 569 sei, Rücksicht auf die Erben des Mieters zu nehmen, denen die zwecklose Fortführung eines vollzogenen Mietverhältnisses nicht zugemutet werden könne; das führe aber dazu, ihnen das Kündigungsrecht bei dem Todesfalle sogleich, also vor tatsächlicher Ueberlassung der Mietssache zu gewähren.

Gegen diese Entscheidung wird geltend gemacht [3]), nach Satz 2 des § 569 könne die Kündigung nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig sei; das müsse aber notwendig ein Termin sein, der nach Beginn des Mietverhältnisses liege. Ein früher liegender Zeitpunkt sei kein „Termin“ und die Aufhebung zu solchem „Termin“ keine „Kündigung“, sondern eine Beseitigung des Eintritts des Mietverhältnisses, also ein Rücktritt.

Diese Einwendungen erscheinen mir als lediglich grammatikalische dem Sinne des Gesetzes in keiner Weise zu entsprechen: denn der Gedanke des Kammergerichts, der § 569 wolle die zwecklose Weiterführung des Mietvertrags durch den Erben verhindern, scheint der Absicht des Gesetzgebers näher zu kommen, während die buchstäbliche Auslegung der ratio legis nicht entspricht. Auch scheint mir ein genügender Schutz des Vermieters dadurch geschaffen, dass die Kündigung nicht fristlos, sondern erst zum ersten zulässigen gesetzlichen Termin erfolgen kann. Der Gedankengang des Kammergerichts erscheint denn auch in entsprechender Anwendung auf die Anwartschaft geeignet, den hier vertretenen Standpunkt zu stützen.

2. Vermieterpfandrecht.

Es ist zu prüfen, ob für den Vermieter bereits während der Schwebe ein Vermieterpfandrecht gemäss § 559 B.G.B. entsteht.

Folgende Möglichkeiten sind zu unterscheiden:

a) Jemand hat eine Wohnung unter einer aufschiebenden Bedingung gemietet und bereits Möbelstücke in die Wohnung eingebracht; hat der Vermieter während der Schwebe ein gesetzliches Pfandrecht an den Möbeln, kann er also während der Schwebe der Entfernung der Sachen widersprechen?

Die Beantwortung ist zweifelhaft. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes kann für die bedingte Forderung lediglich durch Rechtsgeschäft ein Pfandrecht gültig bestellt werden. Ueber gesetzliches Pfandrecht ist nicht gesagt. Es läge nahe, die für die

[1]) Entsch. des K.G. v. 5. Juli 1909 (O.L.G. 20 191).
[2]) Derselben Ansicht Neumann zu § 569 Anm. 3; Staudinger, Bem. II, 8 zu § 569.
[3]) Mittelstein, § 73 S. 454; derselbe im Recht 1910 S. 268.

rechtsgeschäftliche Sicherung gegebenen Bestimmungen auf das Vermieterpfandrecht analog auszudehnen; als wesentliches Argument dafür lässt sich vor allem die Bestimmung des § 559 Abs. 2 B.G.B. anführen: „Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und folgende Mietsjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden." Damit ist implicite das Bestehen des Pfandrechts für solche Forderungen anerkannt und lediglich die Geltendmachung dadurch ausgeschlossen, dass ihr aus § 559 Abs. 2 eine dilatorische Einrede entgegensteht [1]).

Für eine Bejahung der Frage kann ich mich aber nicht entscheiden und zwar zunächst aus folgendem Grunde, der offenbar von den Anhängern der anderen Ansicht übersehen wird: Bei genauer Betrachtung kann vor Eintritt der Bedingung ein Pfandrecht gar nicht in Frage kommen. Durch das Pfandrecht soll die Forderung aus dem Mietverhältnis gesichert werden; diese Forderung entsteht aber erst mit Eintritt der Bedingung, da doch erst in diesem Augenblick das Mietverhältnis zur Entstehung gelangt. Sind tatsächlich Gegenstände vor Eintritt der Bedingung in die Wohnung gekommen, so sind sie nicht auf Grund von Miete, sondern etwa Verwahrung untergestellt. Ein Recht auf Geltendmachung eines event. entstehenden Pfandrechts an ihnen muss daher abgelehnt werden.

Weiter aber ist, wenn man hiervon absieht, zu sagen: Die Gleichstellung des gesetzlichen Pfandrechts mit einem durch Rechtsgeschäft begründeten ist nicht angängig. Zwar sollen die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden (§ 1257 B.G.B.). Diese Vorschrift kann aber hier nicht in Frage kommen, da es sich gerade um die Entstehung eines solchen Pfandrechts handelt. Im übrigen ist eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetz nicht vorhanden; die analoge Heranziehung des § 559 Abs. 2 B.G.B. erscheint mir schliesslich als auf rein grammatikalische Auslegung gestützt nicht begründet. Endlich läge es auch, wollte man eine Entstehung des Vermieterpfandrechts bejahen, nahe, auch die Entstehung anderer gesetzlicher Pfandrechte mit der gleichen Argumentation zuzugeben; das würde aber zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führen; es würde z. B. der Versicherungsnehmer für seine Anwartschaft aus dem Versicherungsvertrag an den zu entrichtenden Prämien gemäss § 369 B.G.B. jederzeit ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen können.

Das Pfandrecht des Vermieters bei aufschiebend bedingtem Mietvertrag an den bereits während der Schwebe eingebrachten Möbelstücken des Mieters ist daher zu verneinen [2]).

---

[1]) Sieber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, S. 11. RGRe. § 559, 3a; O.L.G. 7, 15.

[2]) Eine Sicherstellung der Anwartschaft durch Vertragspfand ist natürlich möglich.

b) Die zweite Möglichkeit ist die, dass jemand unter aufschiebender Bedingung neben einer Wohnung darin befindliche Sachen eines Dritten mietet, die er zugleich bedingt kauft, etwa einen Ofen oder einen Lüster. Hier wäre der Fall der, dass der Vermieter eine Anwartschaft auf Pfandrecht an solchen Gegenständen hätte, die nicht dem Mieter gehören, an denen auch für diesen lediglich eine Anwartschaft auf Eigentumsverschaffung bestände. Hier kann ein Pfandrecht, also auch eine Anwartschaft auf Pfandrecht nicht in Frage kommen, da das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass Pfandrecht nur an solchen Sachen entsteht, die dem Mieter gehören. Voraussetzung des Pfandrechts des Vermieters ist, dass der Eigentümer der Schuldner bezw. der Schuldner der Eigentümer ist. Im Falle der Anwartschaft auf Uebertragung des Eigentums, sei es beim Kauf auf Probe, sei es beim Abzahlungskauf, ist der Mieter nicht Eigentümer. Deshalb kann Pfandrecht erst mit Eintritt der Bedingung entstehen [1] [2]). Hier also, wo lediglich eine Anwartschaft auf Pfandrecht besteht, würden dem Vermieter keinerlei Rechte oder Sicherheitsmassnahmen zur Seite stehen [3]).

III. Dienstvertrag.

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass auch der Dienstvertrag unter aufschiebender Bedingung geschlossen werden kann. Fraglich ist aber auch hier wieder, ob der bedingt abgeschlossene Vertrag bereits während der Schwebe gekündigt werden kann.

Die Frage dürfte aus demselben Grunde [4]) zu bejahen sein, aus dem bereits beim bedingten Mietvertrag die Kündigung für zulässig erklärt wurde: sie bildet die Lösung der bereits bestehenden rechtlichen Bindung.

Zur weiteren Begründung lässt sich noch folgendes sagen: Unzweifelhaft kann ich einen bedingt abgeschlossenen Vertrag anfechten, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung etwa wegen Betrugs oder Täuschung gegeben sind. Wenn ich also die Anwart-

---

[1]) Ebenso Mitelstein, § 78, S. 489; Fuchs, Archiv für bürgerliches Recht 34, S. 370; Oertmann zu § 559, 3 b; Sieber S. 29. a. M. Schultz, D.J.Z. 08, S. 961.

[2]) Es muss dem Vermieter überlassen bleiben, im Falle des Abzahlungskaufes gemäss § 267 B.G.B. durch Befriedigung des Gläubigers dem Schuldner das unbedingte Eigentum zu verschaffen und so sein Pfandrecht zur Entstehung gelangen zu lassen.

[3]) Bei einem etwa gültig bestellten Vertragspfand können Zweifel nicht entstehen; hier stehen dem Pfandgläubiger alle Rechte bereits während der Schwebe zu. Leistet jemand z. B. für einen limitierten Börsenauftrag Sicherheit, so kann er natürlich nicht während des Laufes des Limits die hinterlegten Effekten zurückverlangen.

[4]) Eine Kündigung kann natürlich insoweit nicht in Frage kommen, als ihr Grund den Beginn des Vertragsvollzugs voraussetzt; z. B. Untreue im Dienst kann erst nach Dienstantritt Kündigungsgrund sein, ebenso Nichtgewährung der vereinbarten Vergütung; vgl. H.G.B. §§ 71, Abs. II, 72 Abs. 1; Gew O. § 124, IV; 133, I.

schaft anfechten d. h. von Grund auf zerstören kann, muss ich sie auch kündigen können [1] [2]).

Was sonach für die gesetzlich befristete Kündigung zutrifft, gilt auch für die Fälle, wo den Parteien aus wichtigen Gründen ein unbefristetes Kündigungsrecht gegeben ist [3]). Tritt z. B. ein wichtiger Kündigungsgrund (§ 626 B.G.B.) bereits während der Schwebe ein, so braucht der Vertragsgegner nicht bis zum Vollwirksamwerden des Vertrags zu warten, sondern kann bereits jetzt kündigen. Dieses Ergebnis entspricht durchaus dem Bedürfnis der Praxis, da es doch im Interesse beider Parteien liegt, das Vertragsverhältnis, wenn es schon später gelöst werden soll, dann auch schon gleich zu lösen [4]). Wenn ein Angestellter unter der Bedingung, dass er von seiner jetzigen Stelle loskomme in eine neue Stelle engagiert wird, und dann bei einem Besuche den neuen Chef etwa tätlich misshandelt, so erscheint es billig und praktisch, das Kündigungsrecht aus § 626 B.G.B. sogleich zu gewähren.

IV. Mäklervertrag.

§ 652 Abs. 1 Satz 1 enthält die ausdrückliche Bestimmung, dass bei einem aufschiebend bedingten Vertrag der Mäklerlohn erst bei Eintritt der Bedingung verlangt werden kann. Der Sinn des Gesetzes ist hier infolge richtigen Ausbaus der Grundsätze über Anwartschaft und Vollrecht der, dass vor Eintritt der Bedingung nur eine rechtliche Bindung der Parteien vorhanden ist und erst durch Eintritt der Bedingung der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts verwirklicht wird; für diesen aber ist der Mäklerlohn versprochen. Bis zum Eintritt der Bedingung läuft daher die Anwartschaft des Mäklers auf Erhalt der Vergütung neben der Anwartschaft der Parteien auf Wirksamwerden des Vertrags [5]).

---

[1]) Lotmar, S. 518: Kündigung kann schon vor Beginn des Dienstverhältnisses erfolgen; ebenso O.L.G. Hamburg, 28. 11. 91, Goldschmidt Zeitschrift für Handelsrecht, 40, 452.

Thiele im Arch. f. ziv. Praxis 89, 162 behauptet, Kündigung sei zwar vor Antritt des Dienstverhältnisses zulässig, dürfe aber nicht so zeitig erfolgen, dass bei Antritt des Dienstverhältnisses die Kündigungsfrist bereits abgelaufen sei; eine Begründung dieser m. E. willkürlichen Behauptung fehlt.

[2]) Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, dass der Dienstvertrag während der Schwebe im Wege gegenseitiger Uebereinkunft aufgehoben werden kann, ebenso wenn die Parteien sich den Rücktritt vom Vertrag vorbehalten haben.

[3]) z. B. § 626 B.G.B.: §§ 70—72 H.G.B.; §§ 123, 124, 124 a, 133 — 133 d. Gew. O.

[4]) Ebenso Lotmar, Band I, S. 520; Staudinger, II. 3 a zu § 626.

[5]) Natürlich kann der Mäklerlohn auch schon für die Vermittlung des bedingten Geschäfts, umgekehrt auch für einen unbedingt abgeschlossenen Vertrag nur bedingt versprochen werden; die Vorschrift des § 652 B.G.B. ist dispositiver Art; vgl. Staudinger Bem. III 3 zu § 652.

V. Bürgschaft (§ 765 B.G.B.).

Es mag hier zunächst auf den bereits oben erwähnten Unterschied folgender Fälle hingewiesen werden:

1. Bedingte Bürgschaft für eine unbedingte Forderung: Der Bruder des Gemeinschuldners übernimmt die Bürgschaft unter der Bedingung, dass sämtliche Gläubiger dem Zwangsvergleich binnen vier Wochen zustimmen.
2. Unbedingte Bürgschaft für eine bedingte Forderung: Ein Landwirt kauft eine Maschine auf Probe; der Agent übernimmt das Delkredere.

Nach dem oben unter „Rechtsnatur der Sicherungen für die Anwartschaft" Gesagten [1]) entsteht in dem Falle 2 keine Anwartschaft, sondern eine vollgültige, resolutiv durch die Zahlung des Hauptschuldners bedingte Bürgschaft.

Im Falle 1 dagegen ist die Bürgschaft bedingt durch die Zustimmung der Gläubiger zum Zwangsvergleich; bis dahin besteht lediglich eine Anwartschaft auf Bürgschaft; die Bürgschaft selbst, also das vom Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Recht, gelangt erst durch deren Eintritt zur Entstehung [2]). Da mit Abschluss des Vertrags bereits die rechtliche Bindung entsteht, ist im vorliegenden Falle auch das Formerfordernis der Schriftlichkeit des Bürgschaftsvertrags zu erfüllen [3]).

Die praktische Folge des eben Ausgeführten ist die: Im Falle 2 könnte der Agent bereits vor der Billigung wegen Vermögensverschlechterung des Landwirts auf Befreiung von der Bürgschaft gemäss § 775 B.G.B. klagen, nicht aber der Bruder des Gemeinschuldners, solange die Bedingung noch in der Schwebe ist.

VI. Vorlegung von Sachen (§ 809 ff.).

Kann der aus einer Anwartschaft Berechtigte Vorlegung von Sachen im Sinne der §§ 809 ff. verlangen?

Jemand kauft eine Wirtschaft unter der aufschiebenden Bedingung, dass er die Konzession erhalte. Kann er Besichtigung des Nachbarhauses verlangen, weil seiner Meinung nach von dort Ungeziefer herüberkommt?

Die Besichtigung wird zwar für ihn „von Interesse" sein (regelmässig, wenn nicht der Eintritt der Bedingung ohne jede Wahrscheinlichkeit ist), fraglich erscheint aber, ob er einen „Anspruch" in Ansehnung der Sache hat oder ob er sich vergewissern will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht.

---

[1]) Vergl. S. 33 ff.

[2]) Staudinger, Vorbem. 2 e vor § 764.

[3]) Wollte man das nicht annehmen, so würde nach Eintritt der Bedingung die Bürgschaft nicht zur Entstehung gelangen. Nach den oben entwickelten Grundsätzen soll aber mit Eintritt der Bedingung die Anwartschaft ohne weiteres zum Vollrecht, hier zur Vollverpflichtung erstarken. Es wäre auch hier evtl. eine Feststellungsklage gemäss § 256 Z.P.O. gegeben.

Ein Anspruch ist zu verneinen. Er hat während der Schwebe höchstens eine Anwartschaft auf einen solchen Anspruch und will sich nur Gewissheit verschaffen, ob ihm die Anwartschaft auf einen solchen Anspruch zustehe. Die Anwartschaft geniesst aber, wie oben ausgeführt, nur in drei Hinsichten — Bindung, Vermögenswert, Sicherung — Schutz. Zur Geltendmachung der Rechte aus § 809 B.G.B. setzt das Gesetz einen fertigen, unbedingten Anspruch voraus. Würde das Gesetz hier eine Anwartschaft für ausreichend erachten, so müsste auch hierfür eine besondere Ausnahmevorschrift gegeben sein. Nur der kann Vorlage nach § 809 usw. verlangen, der einen Anspruch hat oder sich Gewissheit verschaffen will, ob ihm ein Anspruch zusteht [1]). Vor dem Eintritt der Bedingung ist daher gemäss § 158 B.G.B. nur der jetzige Eigentümer des Hauses zur Klage aus § 809 B.G.B. legitimiert [2]).

VII. Ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff.)

Wie bereits oben bemerkt [3]), vertritt die herrschende Lehre den Standpunkt, dass die Erfüllung einer Anwartschaft ausgeschlossen sei. Werde also auf eine Anwartschaft geleistet, so liege Leistung einer Nichtschuld vor [4]), das Geleistete könne demgemäss nach § 812 Abs. 1 B.G.B. zurückgefordert werden [5]).

Ist während der Schwebe erfüllt und tritt die Bedingung ein, so kann grundsätzlich auch jetzt noch condiciert werden. Da aber auch noch im B.G.B. der Satz gilt „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" steht dem Anspruch eine exceptio doli generalis entgegen; es kann daher jetzt nicht mehr die Leistung selbst, sondern nur noch das zurückgefordert werden, um was der bis zum Eintritt bedingt Berechtigte durch die vorzeitige Leistung bereichert ist [6]).

---

[1]) Staudinger, II, 2, a zu § 809. Dierschke, die Vorlegung von Sachen, S. 43. A. M. Oertmann zu § 809, 1 und Enneccerus, II, § 438, S. 605, der in richtiger Weiterführung des Gedankens der Anwartschaft als Recht zu diesem Ergebnis kommen muss. Da wir aber die Anwartschaft nicht als Recht ansehen, kann dem nicht gefolgt werden.

[2]) Eventuell kann er allerdings nach Treu und Glauben bereits während der Schwebe verpflichtet sein, dafür zu sorgen (durch Abtretung der Ansprüche etwa), dass der Neuerwerber Einsicht erhalte.

[3]) Siehe Teil „Erfüllung" S. 53 ff.

[4]) R.G. 71, 317; Staudinger, I, 4, a, zu § 812; Enneccerus § 185, I, 4 Seite 508; v. Mayr, Seite 453.

[5]) Es macht keinen Unterschied, ob der Leistende den Nichteintritt der Bedingung kannte oder nicht; im ersteren Falle soll nach v. Tuhr (§ 81, Seite 293) eine Rückforderung nicht möglich sein wegen der Bestimmung des § 814 B.G.B. Dem ist aber nicht beizutreten. § 814 B.G.B. trifft nur den Fall, dass jemand zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet hat, obwohl er wusste, dass er dazu nicht verpflichtet war. Wer aber wissentlich auf eine Anwartschaft vor Eintritt der Bedingung leistet, der leistet nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit, da vor Eintritt der Bedingung eine Verbindlichkeit noch nicht besteht.

[6]) so auch Staudinger Bem. 3 zu § 813, RGRe. zu § 813, v. Mayr, Seite 458, Oertmann, 1, b, zu § 813.

Es ist ferner oben festgestellt worden, dass zwar „Erfüllung“ nicht möglich ist, wohl aber vor Eintritt der Bedingung Leistung an Erfüllungsstatt erfolgen kann, wenn nämlich der bedingt Berechtigte die ihm als Erfüllung angebotene Leistung annimmt. Wird daher die Leistung an Erfüllungsstatt gegeben und angenommen, so ist für eine condictio kein Raum mehr, da ja nicht für eine Nichtschuld geleistet ist, sondern durch gültige und definitive Erfüllung die Anwartschaft erloschen ist.

B. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte.

I. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Eigentum.

II. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Niessbrauch.

III. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Hypotheken.

IV. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Pfandrechten.

V. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte ausserhalb des B.G.B.

I. Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Eigentum.

1. Allgemeines . . . . . (§ 929 ff.).
2. Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigentümer (§ 932 ff.).
3. Ersitzung . . . . . (§ 937 ff.).
4. Fall des § 952 B.G.B. . . . . (§ 952).
5. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen . . . . . (§ 953 ff.).

---

1. Allgemeines.

a) Inhalt der Anwartschaft.

Die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen ist nach ihrem Inhalt analog der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb von relativen Rechten aufzufassen. Die Theorie von Brecht, die bereits oben abgelehnt wurde [1]), will in ihr nur die sofort vorhandene Anwart-

[1]) Vgl. S. 29 ff.

schaft auf das nach Eintritt der Bedingung vorhandene, zukünftige Eigentum sehen, über das der Verpflichtete von vornherein zu verfügen in der Lage ist. Das ist aber abzulehnen. Die Anwartschaft stellt sich als ein Zustand dar, der, wie beim relativen Recht die Anwartschaft zur Forderung, so hier zum vollen Eigentum erst bei Eintritt der Bedingung erstarkt.

Da sich also die Anwartschaft von der bisher behandelten ihrer Konstruktion nach in keiner Weise unterscheidet, ist zu prüfen, ob sie alle als der Anwartschaft eigentümlich erkannten Rechtswirkungen erzeugt. Zweifellos besteht bereits während der Schwebe rechtliche Bindung, und zwar stellt sie sich als dingliche rechtliche Bindung dar, die sich z. B. darin äussert, dass beim Abzahlungskauf der Verkäufer nicht hindern kann, dass der Käufer durch Zahlung der Restrate Eigentum erwirbt [1]).

Allerdings sind dem bedingt Berechtigten, da er noch nicht Eigentümer ist, die umfassenden Rechte aus § 903 B.G.B. nicht gegeben. Die von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, die während der Schwebe noch nicht besteht, ist ja gerade das, was § 903 gewährt. Die Rechte aus §§ 903, 985, 1004 B.G.B. bleiben während der Schwebe immer dem Eigentümer; dem bedingt Berechtigten stehen gegen Dritte alle Rechte zur Seite, die aus dem Besitz hergeleitet werden können, so gegen verbotene Eigenmacht die Klage des Besitzers gemäss § 869 B.G.B. und evtl. die unmittelbaren Klagen gegen Dritte auf Rückgabe gemäss §§ 556 Abs. III, 604 Abs. 4 und 1007 B.G.B.

Auch einen Vermögenswert stellt diese Anwartschaft dar; der Gerichtsstand des § 23 ZP.O. ist daher z. B. begründet; insoweit unterliegt auch gemäss den einschlägigen Gesetzesbestimmungen die Anwartschaft der Steuerpflicht.

Der Sicherung dagegen ist die Anwartschaft nicht fähig, da dem Wortlaut des Gesetzes nach nur eine Sicherung bedingter Ansprüche möglich ist und, wie oben im Abschnitt „Sicherungen“ ausgeführt worden ist, daher nur Anwartschaften auf Erwerb relativer Rechte, also von Rechtsbeziehungen von Person zu Person gesichert werden können. Für „bedingtes Eigentum“ kann eine Sicherung nicht erfolgen.

b) Entstehung der Anwartschaft.

Die Anwartschaft entsteht ebenso wie das unbedingte Geschäft, dessen Formvorschriften zu wahren sind, durch Einigung und Uebergabe; bedingt kann aber, da die Uebergabe eine reine Tatsache ist, lediglich die Einigung sein [2]).

---

[1]) Eine Wirkung der dinglichen rechtlichen Bindung gegen Dritte derart, dass Zwischenverfügungen des bedingt Verpflichteten dem bedingt Berechtigten gegenüber unwirksam sind, besteht, kann aber nach der positiven Vorschrift des § 161 B.G.B. erst im Augenblick des Bedingungseintritts geltend gemacht werden; während der Schwebe ist noch kein Recht vorhanden. Vgl. die Ausführungen S. 24 ff.

[2]) Stintzing, S. 132.

Die Einigung, die an sich abstrakt ist, kann auch unter der Bedingung erfolgen, dass das zugrundeliegende Geschäft gültig ist; insbesondere im Falle der Gleichzeitigkeit der Geschäfte wird von den Kontrahenten häufig eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des dinglichen Geschäfts durch die rechtliche Wirksamkeit des obligatorischen gewollt sein (R.G. 57, 95). Auch hier entsteht ein Schwebezustand insofern, als die Unwirksamkeit der einen Abmachung dann die der anderen nach sich zieht. Das dingliche Geschäft ist resolutiv bedingt durch die Gültigkeit des obligatorischen[1]).

Die Uebergabe stellt sich als faktische Besitzüberlassung auf obligatorischer Grundlage dar[2]), d. h. während der Schwebe ist der bedingt Berechtigte als Verwahrer oder dergleichen dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die erforderliche Sorgfalt auf die Sache zu verwenden.

Durch die beiden Momente der Uebereignung erwirbt also z. B. der Abzahlungskäufer (Bedingung der Uebereignung ist Zahlung des Kaufpreises) genau so die Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums wie der Käufer beim unbedingten Kauf das Volleigentum erwirbt; mit dem Eintritt der Bedingung wird dann das Eigentum selbst erworben.

Wie das Eigentum durch die Surrogate der §§ 929, Satz 2, 930, 931 B.G.B. erworben werden kann, so kann auch die Anwartschaft auf dem gleichen Wege entstehen. Bei der aufschiebend bedingten brevi manu traditio verwandelt sich mit Eintritt der Bedingung die bisherige Innehabung des Erwerbes in Eigenbesitz. Ueber ihre Zulässigkeit besteht kein Zweifel.

Beim Eigentumserwerb nach § 930 B. G. B. (Besitzkonstitut) kann zweifelhaft sein, ob von der Bedingung lediglich der Eigentumsübergang oder auch der Miet-, Leihe- usw. Vertrag getroffen werden[3]). Brecht[4]) kommt zu dem Ergebnis, dass die Bedingung lediglich die Eigentumsübertragnng treffe, dass es also erforderlich sei, den bedingten Erwerber sofort zum mittelbaren Besitzer zu machen; in dieser Gestalt will er also Erwerb der Anwartschaft durch constitutum possessorium zulassen[5]). Die andere Meinung ist die, dass sowohl Eigentumsübertragung als auch der obligatorische Vertrag von der Bedingung getroffen werden, dass mithin erst mit Eintritt der Bedingung die Besitzmittlung wirksam wird. In diesem Zeitpunkt aber muss dann der Veräusserer noch im Besitz der Sache

[1]) Vgl. Wolff, § 38, II, 4, S. 103. Staudinger, IV, 3b zu § 929. Kohler, im Arch. f. bürg. Recht 18, S. 110. A. M. Goldmann, bei Gruchot, 56, 161 ff.

[2]) Brecht, S. 278; Wolff, § 66, I. 3, Anm. 8; Cretzschmar, Bem. II zu § 929.

[3]) Beispiel: Schuldner übereignet Möbel zur Sicherheit unter der Bedingung, dass Gläubiger seine Klage zurückzieht.

[4]) Brecht, S. 282 ff.

[5]) Es erübrigt sich, hier auf die sogenannte fiduziarische Eigentumsübertragung einzugehen, da wenn hier überhaupt eine bedingte Eigentumsübertragung vorliegt, diese regelmässig resolutiv bedingt ist. Die Behandlung dieser Frage würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

sein [1]). Dieser letzteren richtigen auch herrschenden Ansicht schliesse ich mich aus folgendem Grunde an: Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, die dazu zwingen könnte, beim aufschiebend bedingten constitutum possessorium dem bedingt Berechtigien sofort den mittelbaren Besitz unbedingt zu übertragen. Es bleibt daher bei der Regel des § 158 B.G.B.; die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung ist der Eigentumsübergang bei Eintritt der Bedingung. Zum Uebergang gehört nach § 930 B.G.B. der obligatorische Vertrag, inhaltlich dessen der bisherige Eigentümer fortan nur noch als Mieter, Entleiher usw. die Sache besitzen soll und Einigung über den Uebergang des Eigentums. Warum soll nun lediglich die Einigung bedingt sein? M. E. kann ebenso gut auch der obligatorische Vertrag unter der gleichen Bedingung als abgeschlossen gelten; ob dies der Fall ist, ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, also Auslegungsfrage. Es liegt sogar die Annahme nahe, dass in der Regel Absicht der Parteien sein wird, auch den Miet- usw. Vertrag nur bedingt abzuschliessen, denn andernfalls würden dem bedingt Berechtigten mehr Rechte gegeben werden, als wohl Zweck des Vertrags sein wird.

Auch Erwerb einer Anwartschaft durch bedingte Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gegen den dritten unmittelbaren Besitzer ist möglich. Mit Eintritt der Bedingung erwirbt der Erwerber den Anspruch gegen den Dritten [2]).

c) Uebertragbarkeit der Anwartschaft.

Ob die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb übertragen werden kann, mag zweifelhaft erscheinen. Hat jemand Möbel auf Abzahlung gekauft, so könnte der Fall praktisch werden, dass er einem Dritten seine Anwartschaft auf Eigentumserwerb gegen Zahlung der Restraten im Wege der Sicherungsübereignung übertragen möchte, um den Dritten die Möglichkeit zu geben, gegen Zahlung der Restraten Eigentum an den Möbeln zu erwerben. Ich möchte annehmen, dass die Anwartschaft durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann, und zwar hauptsächlich deshalb, weil eine nichtrechtsgeschäftliche Uebertragung unbestritten möglich ist: Die Anwartschaft geht auf den Erben über, sie geht durch Heirat im Gesamtgut auf usw. [3]).

[1]) So Wolff, § 67, I, 3, S. 195; Staudinger, Bem. 1 δ zu § 930 Planck, Bem. III zu § 930; Stintzing, S. 132.

[2]) Vgl. die unter [1]) Genannten. A. M. Brecht, S 285.

[3]) Eine andere Frage, die aber hier nicht interessiert, ist die, ob der bedingt Berechtigte zur Uebertragung der Anwartschaft befugt ist; es muss angenommen werden, dass er hierzu der Genehmigung des Eigentümers bedarf. Diesem stehen auch gegen willkürliche Handlungen des bedingt Berechtigten auf Grund des ihm verbliebenen unbeschränkten Eigentums alle Sicherungsmassnahmen zur Seite.

d) Erlöschen der Anwartschaft.

Für das Erlöschen der Anwartschaft kommen dieselben Gründe in Frage, die auch den Verlust des Eigentums herbeiführen, also z. B. Untergang der Sache (die Möbel verbrennen usw.).

2. Gutgläubiger Erwerb von Nichteigentümer (§ 932 ff. B.G.B.).

Ein Händler verkauft einem gutgläubigen Kunden Möbel, die ihm nicht gehören, auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt; hier wird die Anwartschaft — wie beim unbedingten Geschäft das Eigentum — gutgläubig erworben. Durch Eintritt der Bedingung, hier durch Zahlung der letzten Kaufpreisrate, erwirbt der Kunde das volle Eigentum.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn der Käufer vor Zahlung der letzten Rate erfährt, dass der Händler nicht Eigentümer der Möbel ist; erwirbt er auch jetzt noch durch Zahlung der Restrate Eigentum?

Das Gesetz gibt über diese Frage keinen unmittelbaren Aufschluss; die Meinungen darüber gehen auseinander. Der überwiegende Teil des Schrifttums vertritt den Standpunkt, dass bei bedingter Fahrnisübereignung von einem Nichtberechtigten der Erwerber noch bei Eintritt der Bedingung gutgläubig sein müsse [1]). Diese Ansicht stützt sich in erster Linie auf den Wortlaut des Gesetzes, nach dem für den guten Glauben massgebend ist der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs; bei der Anwartschaft werde dieses aber erst mit Eintritt der Bedingung erworben. Die entgegengesetzte Ansicht fordert nur, dass im Augenblick der Inbesitznahme guter Glaube bestehe [2]).

Nach der von uns stets vertretenen Ansicht kann nur dann die Anwartschaft dem Recht gleichgestellt sein, wenn es sich um ein Gebiet handelt, das innerhalb der drei Richtungen (rechtliche Bindung, Vermögenswert, Sicherbarkeit) liegt. Das ist aber bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs nicht der Fall; hier fehlt eine besondere Norm, die die Anwartschaft dem Rechte gleichstellt.

Hinzu kommt der Wortlaut des Gesetzes, der so eindeutig ist, dass wirkliche Zweifel nicht entstehen können. Massgebend ist „der Zeitpunkt, in dem das Eigentum erworben wird", d. i. aber unzweifelhaft erst der Moment des Bedingungseintritts, denn die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des § 158 B.G.B. ist gerade die Uebertragung bezw. Verschaffung des Eigentums. Ich möchte mich also dahin entscheiden, dass der gute Glaube noch bei Eintritt der Bedingung vorhanden sein muss. Die Anwartschaft als solche geht durch den eintretenden bösen Glauben ebenso unter, wie sie sonst durch Ausfall der Bedingung untergehen würde.

3. Ersitzung (§ 937 ff. B.G.B.).

Da die Ersitzung begriffsmässig Eigenbesitz voraussetzt, dieser aber regelmässig erst nach Eintritt der Bedingung in Frage kommt,

---

[1]) Planck zu § 932, 1a; Stintzing S. 96, Gierke, § 134, III 2 Anm. 85 S. 570; Biermann, Bem. 2 zu § 932; Cretzschmar Bem. 3 zu § 932.

[2]) Dernburg, § 103, II Anm. 8 S. 306; Brecht, S. 287 mit eigener Begründung. Strohal, Festgabe, S. 15 (mit Begründung aus § 161 Abs. 3) und offenbar auch Emmerich S. 134.

kann regelmässig auch erst von diesem Augenblick an Ersitzung beginnen [1]).

4. Fall des § 952 B.G.B.

Gemäss § 952 B.G.B. steht das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein dem Gläubiger zu; das Recht an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein. Daraus folgt, dass derjenige, der eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb einer Forderung hat, zugleich dieselbe Anwartschaft auf den über die Forderung ausgestellten Schuldschein erwirbt.

5. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen (§ 953 ff.).

§ 953 B.G.B. bestimmt, dass alle Erzeugnisse der Sache auch nach der Trennung dem Eigentümer gehören; dasselbe gilt entsprechend auch für das Verhältnis zwischen Eigentümer und bedingt Berechtigten. Wer etwa Möbel auf Abzahlung kaufte und dann die beschlagnahmten Messingbeschläge ausbaute, erwarb an diesen kein Eigentum; dieses Eigentum stand vielmehr nach wie vor dem Eigentümer zu, dem folgeweise auch der Erlös gebührte. Auf Messing bezw. Erlös hatte der bedingt Berechtigte eine Anwartschaft ebenso wie auf den Erwerb des Eigentums am Ganzen. Diese Anwartschaft wandelt sich bei Zahlung der letzten Rate in den Anspruch auf den Erlös, der dann gegen die letzte Rate aufgerechnet werden kann. Während der Schwebe soll — das ist der Zweck des Eigentumsvorbehalts — der gesamte wirtschaftliche Wert dem Verkäufer verbleiben.

Ein anderer Fall wäre der, dass jemand eine Ziege etwa in Futter und Pflege nimmt und zugleich bedingt kauft. Hier wird der bedingt Berechtigte Eigentümer der Milch, aber nicht auf Grund seiner Anwartschaft, sondern als Gegenleistung auf Grund des Pensionsvertrages. Würde er die Ziege lediglich unter aufschiebender Bedingung gekauft haben und wäre sie ihm nur einstweilen in Besitz gegeben worden, so wäre ein Anspruch des bedingt Berechtigten auf die Milch auf Grund der Anwartschaft allein nicht vorhanden; ob ein Anspruch vorhanden wäre, ist Auslegungsfrage des etwa bestehenden obligatorischen Vertrags.

II. Niessbrauch an beweglichen Sachen und Rechten (§ 1030 ff.).

Die für das Eigentum an beweglichen Sachen entwickelten Grundsätze finden sinngemässe Anwendung.

---

[1]) Ein anderer Fall, in dem die Ersitzung praktisch werden könnte, wäre der, dass der Besitzer die Bedingung für eingetreten hält, obwohl sie es nicht ist.

Wenn etwa ein Möbelhändler in einem alten Kontoauszug einen Rechenfehler von M. 10.— findet, so kann sehr wohl der Kunde, der auf Abzahlung gekauft hat, inzwischen ersehen haben, wenn er nämlich meinte, er habe bei der letzten Verrechnung alles abgezahlt. Hier wäre aber nicht die Anwartschaft, sondern das Eigentum durch Ersitzung erworben.

III. Hypothek (§ 1113 ff.).

Es ist oben gezeigt worden, dass die für eine bedingte Forderung bestellte Hypothek vollgültig und wirksam entsteht, dass nur im Falle des Ausfalls der Bedingung eine Eigentümergrundschuld gemäss § 1163 B.G.B. zur Entstehung gelangt [1]).

Eine bedingte Bestellung einer Hypothek kann nach dem wiederholt erwähnten Grundsätze nicht in Frage kommen, dass Rechte, zu deren Entstehung eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, nicht unter einer Bedingung begründet werden können.

Bedingt abgeschlossen kann natürlich ein Hypothekenvorvertrag werden; doch ist hier nicht das dingliche Bestellungsgeschäft, sondern der obligatorische Vertrag bedingt. Dieser Vertrag ist aber insofern von Bedeutung, als der obligatorische Anspruch der Sicherung durch Vormerkung fähig ist. Die Hypothek kann nur dann zur Entstehung gelangen, wenn die aufschiebende Bedingung eintritt. Bei Ausfall der Bedingung gelangt sie daher überhaupt nicht zur Entstehung, bei Eintritt der Bedingung entsteht sie erst in diesem Moment. Während der Schwebe ist lediglich eine Anwartschaft auf Bestellung der Hypothek vorhanden.

IV. Pfandrecht (§ 1204 ff.).

Die folgende Betrachtung bezieht sich lediglich auf solche Fälle, in denen unter aufschiebender Bedingung für eine fällige Forderung ein Pfandrecht bestellt wird, nicht etwa auf die Fälle, wo zur Sicherung einer Anwartschaft ein Pfandrecht bestellt ist; letzteres ist ja, wie oben ausgeführt [2]), ein voll wirksames Pfandrecht.

1. Die Bestellung des bedingten Pfandrechts erfolgt entsprechend der Bestellung des unbedingten gemäss § 1205 B.G.B. durch Einigung und Uebergabe; es erzeugt, wie erwähnt, eine dingliche Anwartschaft auf Pfandrecht, aber keine gegenwärtigen pfandrechtlichen Wirkungen; so gibt z. B. ein „bedingtes Nutzpfand", richtiger eine Anwartschaft auf Erwerb eines Nutzpfandes, vor Eintritt der Bedingung kein Nutzungsrecht [3]). Für den Rang dieses Pfandrechts ist jedoch nicht die Bestimmung des § 1209 B.G.B., somit die Zeit der Bestellung der Anwartschaft [4]), sondern die Zeit des Eintritts

---

[1]) Vgl. oben S. 35 ff.
[2]) Vgl. S. 36 ff.
[3]) Wolff, § 163, I 1.
[4]) So Cretzschmar zu § 1204, 4a. Emmerich, S. 95, RGRe., Bem. 3 zu § 1209 mit folgender Begründung: „Der Grundsatz, dass die Beteiligten über die Rangordnung nicht verfügen und auf dem Gebiete des Pfandrechts an beweglichen Sachen Rangvorbehalte nicht schaffen können und die Bestimmung in § 161 führen auf die Annahme hin, dass das Rangverhältnis aufschiebend bedingter Pfandrechte nicht anders zu beurteilen ist, als das der Pfandrechte für aufschiebend bedingte Forderungen. Diese Begründung des R.G. scheint nach der hier vertretenen Konstruktion der Anwartschaft abwegig; denn ein Pfandrecht für eine bedingte Forderung ist etwas ganz anderes als ein bedingtes Pfandrecht für eine Forderung; ersteres ist Vollpfand, letzteres stellt sich als Anwartschaft auf ein Pfandrecht dar. Für das Pfandrecht für eine bedingte Forderung ist daher, wie für jedes Vollpfand, die Zeit der Entstehung

der Bedingung massgebend [1]), denn erst in diesem Augenblick entsteht das Pfandrecht.

Die Anwartschaft auf ein Pfandrecht kann nur durch Besitzübergabe bestellt werden; daraus folgt, dass bereits während der Schwebe der Gläubiger, obwohl er also nur eine Anwartschaft hat, zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet ist. Auch hier also wieder ein Fall, wo aus der Anwartschaft bereits ein fälliger Anspruch entspringt [2]). Verpfändet ein Dritter einem Gläubiger eines Ladenbesitzers Wertpapiere unter der Bedingung, dass der Gläubiger den Konkursantrag gegen den Ladenbesitzer zurücknehme, so kann bereits während der Schwebe der Dritte gegen den Gläubiger gemäss §§ 1215, 1217 B.G.B. eine einstweilige Verfügung erwirken und der Gläubiger kann bei drohendem Verderb das Pfand gemäss § 1219 B.G.B. versteigern lassen [3]).

Gemäss § 1262 B.G.B. erlischt das Pfandrecht mit der Forderung, für die es besteht. Ebenso erlischt auch die Anwartschaft auf das Pfandrecht mit der Anwartschaft auf die Forderung, insbesondere also mit Ausfall der Bedingung.

2. Bezüglich eines Pfändungspfandrechts ist folgendes zu bemerken: Das wegen einer Anwartschaft erwirkte Pfändungspfandrecht ist nicht streng akzessorisch, sondern wie oben ausgeführt [4]), bereits während der Schwebe voll wirksam.

Das an einer Anwartschaft erwirkte Pfändungspfandrecht dagegen ist streng akzessorisch (Gläubiger pfändet Anspruch des Schuldners auf die Versicherung des seit einem Monat überfälligen

---

massgebend. Das bedingte Pfandrecht für eine Forderung ist aber nur eine Anwartschaft, aus der erst durch Eintritt der Bedingung ein Pfandrecht entsteht. Daher kann auch erst der Eintritt der Bedingung für den Rang des Pfandrechts massgebend sein.

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. 1 a zu § 1209; Biermann, Bem. 4 zu § 1209.

[2]) Auch bei der Anwartschaft auf Eigentum ist der Erwerber (regelmässig) zur Verwahrung der Sache verpflichtet, aber nur auf Grund des obligatorischen Geschäfts, etwa auf Grund des Möbelkaufs. Dagegen ist derjenige, der eine Anwartschaft auf Pfandrecht hat, nicht nur (regelmässig) auf Grund des obligatorischen Geschäfts zur Verwahrung verpflichtet, sondern auch auf Grund des dinglichen. Da ihm nämlich zum Erwerb der Anwartschaft wie einem wirklichen Pfandgläubiger Besitz übertragen werden muss, muss man auch annehmen, dass er die dem Besitz entspringenden Verpflichtungen des § 1215 B.G.B. zu erfüllen hat.

[3]) Die Ansprüche aus § 1227 B.G.B. dagegen stehen während der Schwebe nur dem zu, dem für eine bedingte Forderung ein wirksames Pfand bestellt ist, nicht dem, der nur eine Anwartschaft auf ein Pfandrecht hat. Dieser hat vielmehr bei Besitzstörungen nur die Klagen aus dem Besitz. Die Vorschriften über Pfandverkauf sind in beiden Fällen nicht anwendbar, da sie die Beendigung der Schwebe durch Fälligkeit des Hauptanspruches voraussetzen.

[4]) Wenn der Mieter unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Möbel einbringt, steht dem Vermieter mithin zunächst nur das Pfandrecht an der Anwartschaft zu, das durch Zahlung der letzten Rate zum Pfandrecht an der Sache selbst erstarkt.

Für die Praxis ist die Frage von Bedeutung, ob der Vermieter selbst das Recht hat, die letzte Ratenzahlung zu leisten; dies ist regelmässig zu bejahen. Der Weigerung des Verkäufers, die Restzahlung vom Vermieter anzunehmen, und dem Widerspruch des Käufers (Mieters) würde die Einrede der Arglist entgegenstehen.

Schiffes. Die Versicherung verfällt erst, wenn das Schiff drei Monate überfällig ist). Der Pfändungsgläubiger kann nicht mehr erpfänden, als der aus der Anwartschaft berechtigte Schuldner hat.

Das gesetzliche Pfandrecht wegen eines bedingten Mietvertrags ist nur eine Anwartschaft [1]). Weder § 916 Z.P.O. noch § 1204, II B.G.B. greifen durch. Aber auch das Vermieterpfandrecht an einer Anwartschaft, etwa an den auf Abzahlung gekauften Möbeln ist nur eine Anwartschaft [2]). Hat der Schuldner nur eine Anwartschaft, so kann der Gläubiger nicht mehr erpfänden.

V. Absolute Rechte ausserhalb des B.G.B.

Bei anderen Anwartschaften auf absolute Rechte — etwa auf Patentrecht, Musterschutz u. dergl. — ergeben sich keine weiteren Besonderheiten.

II. Oeffentliches Recht.

A. Zivilprozess.

I. Klagbarkeit der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

II. Arrest und einstweilige Verfügung.

III. Zwangsvollstreckung.

IV. Gerichtsstand.

V. Weitere und Zweifelsfälle.

I. Klagbarkeit der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

1. Feststellungsklage . . . . (§ 256 Z.P.O.).
2. Klage auf künftige Leistung (§ 259 Z.P.O.).

---

1. Feststellungsklage (§ 256 Z.P.O.).

Dass hinsichtlich der Anwartschaft die positive wie negative Feststellungsklage gemäss § 256 Z.P.O. zulässig ist, ist heute allgemein anerkannt [3]). Die Zulässigkeit entspringt dem wiederholt

[1]) Vgl. die Ausführungen in Abschnitt „Miete", S. 64 ff.

[2]) Vgl. hierzu D.J.Z. 08, 961 (wie hier) und dagegen D.J.Z. 09, 375.

[3]) v. Tuhr, II, 2, § 81; I, 1, S. 293; Ennecceres, I, § 185, I, 3 S. 507. Stein, zu § 256, II, 4; Hellwig, Anspruch S. 403 ff. Struckmann-Koch, Bem. 3 zu § 256; ebenso R.G. in J. W. 02, 311, 392. 06, 16; 09, 497 ff.; 10, 824.

erwähnten Prinzip der rechtlichen Bindung, deren Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll: durch die Feststellungsklage wird über die Rechtsbeziehungen geurteilt, die auf Grund des bedingten Rechtsgeschäfts bereits entstanden sind [1]). Selbstverständlich muss ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorhanden sein, d. h. ein Interesse an der Beseitigung einer durch objektive Umstände oder subjektives Verhalten Dritter hervorgerufenen Unsicherheit der Rechtslage in Bezug auf das Verhältnis der Parteien zueinander [2]), evtl. auch gegen Dritte [3]). Dieses Interesse wird regelmässig bei der Anwartschaft nicht minder vorhanden sein wie beim unbedingten Anspruch, es kann aber auch fehlen; so wird z. B. der nicht auf Feststellung klagen können, wer auf Grund einer Potestativbedingung ohnehin die Bedingung ausfallen lassen kann.

Dass aus der Anwartschaft nicht auf fällige Leistung geklagt werden kann, ist bereits ausgeführt. Ist die Feststellungsklage erhoben und tritt die Bedingung ein, so muss dann während des Prozesses von der Klage auf Feststellung auf die Leistungsklage übergegangen werden [4]). Fällt andererseits bereits während des Prozesses die Bedingung aus, so ist die Rechtslage entsprechend, wie wenn sonst im Prozess der Klageanspruch weggefallen ist.

Eine Vollstreckung, deren Unzulässigkeit sich schon aus der Rechtsnatur der Anwartschaft ergibt, ist hier auch aus dem weiteren Grunde nicht zulässig, weil ein Feststellungsurteil keinen Titel zur Zwangsvollstreckung bilden kann.

2. Klage auf künftige Leistung (§ 259).

Von der eben besprochenen Feststellungsklage unterscheidet sich die Klage aus § 259 Z.P.O. dadurch, dass bei dieser die Unsicherheit der künftigen Erfüllung, bei jener die Unsicherheit der gegenwärtigen Rechtsbeziehung Voraussetzung ist. Beide gehen, obwohl in ihrer Rechtsnatur als Feststellungs- und Leistungsklage grundverschieden, im Erfolg dann ineinander über, bezw. laufen dann nebeneinander her, wenn der Schuldner das Bestehen oder den Inhalt oder den Zeitpunkt seiner Verpflichtung ernstlich bestreitet. Es ist dann ein Anspruch auf Feststellung ebenso begründet wie ein solcher auf künftige Leistung. Aus dieser inneren Aehnlichkeit muss schon gefolgert werden und wird auch allgemein angenommen [5]), dass bei bedingten Ansprüchen Klage auf künftige Leistung möglich sei.

---

[1]) Hellwig, a. a. O.

[2]) R.G. in J.W. 81, 190; Gruchot, 26, 839; 50, 1150; Seuff. Arch. 37, 1.

[3]) So Stein zu § 256, II 3.

[4]) Der Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage bedeutet keine Klageänderung, ist vielmehr zulässig gemäss § 256 Ziff. 2 Z.P.O., sofern der Klagegrund der gleiche bleibt. Vgl. Stein zu 268, V, 2 und d. d. Genannten.

[5]) So Enneccerus § 185, II 3; v. Tuhr II, 2 § 81; I, 1; Stein zu § 259 Bem, 1; Kometzki-Gelpke zu § 259, 1; Struckmann-Koch zu § 259, 1. R.G. 51, 243; 72, 22; ebenso im Ergebnis Hellwig, Anspruch S. 384.

Dass eine Klage auf Leistung vorkommen kann, obwohl die Verpflichtung zur Leistung noch in der Schwebe ist, zeigt auch § 717 II Z.P.O.

Gemäss § 717 Abs. 2 Z.P.O. kann im laufenden Prozess — etwa in der Berufung gegen das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil I. Instanz — der durch Vollstreckung des Urteils I. Instanz entstandene Schaden bereits geltend gemacht werden. Dieser Anspruch ist zweifellos ein gesetzlich bedingter dadurch, dass das Urteil I. Instanz aufgehoben wird [1]); denn jede auf Grund eines der Aufhebung fähigen vorläufig vollstreckbaren Urteils geleistete Zahlung trägt den Vorbehalt des zahlenden Schuldners in sich, die Zahlung zurückfordern zu dürfen, sobald das die Zahlung veranlassende Urteil aufgehoben wird [2]). Ist das nicht der Fall, d. h. bleibt das erstinstanzliche Urteil bestehen, so fällt ja der Schadensersatzanspruch ganz weg bezw. gelangt garnicht zur Entstehung. Es hängt daher seine Entstehung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab, nämlich dem Ausgang des Prozesses. Seine Geltendmachung stellt sich also dar als Klage auf künftige Leistung auf Grund einer Anwartschaft.

Ist aber hier durch positive Vorschrift erst einmal die Klagbarkeit einer Anwartschaft zugelassen, so wird man etwaigen Bedenken gegen die sonstige Zulässigkeit um so leichter begegnen können.

Die im Interesse der Schuldner nötige Einschränkung der Zulassung von Vollstreckungsklagen aus bedingten Ansprüchen ergibt sich aus der Klagevoraussetzung des § 259. Ist die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine ganz entfernte [3]), sodass die genannte Anwartschaft einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat, so wird der Richter, von dessen Ermessen schliesslich die Klage abhängt, den Schutz versagen [4]). Weiter ist auch der Schutz der Interessen des Schuldners dadurch gewährleistet, dass vollstreckbare Ausfertigung erst dann erteilt werden kann, wenn der Eintritt der Bedingung gemäss § 726 Z.P.O. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist; fällt die Bedingungaus, so ist eine Vollstreckung naturgemäss nicht möglich und daher nicht zu befürchten. Dieses Ergebnis erscheint auch durchaus befriedigend und den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen. Wenn etwa bei einem Erbschaftsvermächtnis der Bedachte, dem für den Fall seiner Heirat M. 1000.— ausgesetzt sind, gegen den Erben aus § 259 klagt, kann er nach der Heirat das Urteil durch Vorlage des Trauscheins gemäss § 726 zur Vollstreckung bringen. Wollte man ihm nur während der Schwebe eine Feststellungsklage zubilligen, so müsste er nach der Hochzeit nochmals auf Leistung klagen.

---

[1]) Vgl. Jäger, K.O. § 1, Anm. 57.

[2]) So R.G. 39, 107 und 85, 219 (der Anspruch aus § 717 Abs. 2 Z.P.O. ist aufschiebend bedingt).

[3]) Vgl. Z.P.O. § 916, II; K.O. § 154, II.

[4]) Ebenso Enneccerus a. a. O., Hellwig a. a. O.

II. Arrest und einstweilige Verfügung.

§ 916 Abs. 2 sagt: „Die Zulässigkeit des Arrestes wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch ein betagter oder ein bedingter ist, es sei denn, dass der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat“ [1]).

Mit dieser ausdrücklichen Bestimmung hat das Gesetz neben den oben erwähnten Möglichkeiten der materiellen Sicherung der bedingten Anwartschaft auch die prozessuale Möglichkeit geschaffen. Da eine Erfüllung, wie ausgeführt, bei der Anwartschaft nicht möglich ist, auch ein Recht auf Sicherheitsleistung im allgemeinen nicht besteht [2]), konnte auch keine Klage auf Erfüllung gegeben werden, sondern nur zur Sicherung der bedingten Forderung Arrest und einstweilige Verfügung in Frage kommen. Ueber die Rechtsnatur des Arrestes sind besondere Ausführungen nicht zu machen, er unterscheidet sich keiner Weise von dem für einen unbedingten Anspruch angeordneten Arrest.

Ob der bedingte Anspruch, d. h. hier die Anwartschaft gemäss dem zweiten Halbsatz einen Vermögenswert hat, ist nach freiem Ermessen zu entscheiden; nur wenn die Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts sehr klein ist, ist der an sich vorhandene Vermögenswert für den Augenblick zu verneinen [3]). Glaubhaftmachung dieser Ausnahme ist Sache des Schuldners (es sei denn, dass . .), wenn er vor Anordnung des Arrestes gehört wird (§ 922 Z.P.O.) oder Widerspruch erhoben hat (§§ 924, 925 Z.P.O.).

Bezüglich der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen. Doch muss ihre Zulässigkeit aus §§ 935, 936 gefolgert werden. Zwar ist in § 935 von der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung eines „Rechtes“ die Rede; es ist hier angenommen worden, dass die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb kein „Recht“ sei. Es kann aber trotzdem nicht eingesehen werden, warum die Anwartschaft auf eine Individualleistung schlechter gestellt sein soll, wie die Anwartschaft auf eine Geldforderung. Da auch theoretische Bedenken gegen ihre Zulässigkeit nicht vorliegen, nimmt denn auch die Literatur die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen unbedenklich an [4]). Wir kommen damit zu dem Ergebnis, dass etwa bei einem aufschiebend bedingten Mietvertrag, wenn der Hausherr eine ver-

---

[1]) Ueber die Zulässigkeit des Arrestes bei bedingten Ansprüchen war in der Z.P.O. von 1877 nichts gesagt. Die vorliegende Bestimmung ist erst durch die Novelle von 1898 aufgenommen worden.

[2]) R.G. 60, 417.

[3]) Aus § 916, Abs. 2 letzter Halbsatz geht übrigens hervor, dass sich der ganze Absatz nur auf aufschiebend bedingte Forderungen bezieht; dass wegen auflösend bedingter Forderungen Arrest zulässig ist, wird als selbstverständlich nicht erwähnt.

[4]) Stein zu § 935, II; Seuffert zu § 916, 2; v. Tuhr II 2 § 81 I, 1; Enneccerus I, § 185, I, 2. Struckmann-Koch zu § 936, 1.

tragswidrige grössere bauliche Veränderung vornehmen will, eine einstweilige Verfügung ebenso möglich ist, wie beim Kauf auf Probe ein Arrest wegen des Kaufpreises.

III. Zwangsvollstreckung.

Da die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb sich wie oben ausgeführt als Vermögenswert darstellt und übertragbar ist, ist sie auch der Zwangsvollstreckung unterworfen. Was zunächst die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Erwerb relativer Rechte betrifft, so hat das Gesetz besondere Bestimmungen über ihre Pfändung nicht getroffen. Lediglich § 844 bestimmt: „Ist die gepfändete Forderung eine bedingte . . . . so kann das Gericht auf Antrag an Stelle der Ueberweisung eine andere Art der Verwertung anordnen".

Hieraus geht bei grammatikalischer Auslegung des Gesetzes hervor, dass die Pfändung einer bedingten Forderung wie die einer unbedingten erfolgt, da das Gesetz sonst nicht bereits von „gepfändeter Forderung" reden könnte. Aber auch abgesehen davon lässt sich aus § 844 indirekt überhaupt schliessen, dass die Regeln über die Zwangsvollstreckung in unbedingte Forderungen Anwendung finden sollen. Diese Vorschrift stellt also lediglich den Grundsatz auf, dass das Gericht, wenn der gewöhnliche Weg der Ueberweisung mit Schwierigkeiten verbunden ist, bezüglich der Verwertung völlig freie Hand haben solle und irgend eine andere Art der Verwertung auf Antrag anordnen könne; die Anwartschaft kann demnach z. B. versteigert werden.

Bei der Zwangsvollstreckung in aufschiebend bedingten Erwerb absoluter Rechte, z. B. bei Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung erworben sind, ist der Modus der Pfändung überaus streitig; es wird darüber gestritten, ob das Recht der Sachpfändung, § 808 ff., oder weil es sich nicht um Eigentum, sondern um Anwartschaft auf Eigentum handelt, die Vorschriften über Rechtspfändung, § 857, anzuwenden seien oder ob eine Kombination von Sach- und Rechtspfändung nötig sei. Ueber diese Frage ist eine umfangreiche Literatur entstanden [1]) und auch eine Anzahl Gerichtsentscheidungen ergangen [2]). Es würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, die Streitfrage in ihrem ganzen Umfange hier aufzurollen; nachdem im Laufe der ganzen Arbeit vertretenen Standpunkt ist folgende Entscheidung gegeben:

Wie oben ausgeführt ist beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt der obligatorische Vertrag unbedingt abgeschlossen, aufschiebend

---

[1]) u. a. Bing, Recht 07, 1247; Fromherz, D.J.Z. 08, 1398; Immerwahr, D.J.Z. 05, 598; Kaufmann in Gruchot 53, 325 ff.; Brecht S. 255 ff. Emmerich, S. 498 ff.

[2]) O.L.G. 4; 366; Seuff. Arch. 65. 37; O.L.G. 20, 349 ff.

bedingt ist lediglich die Uebertragung des Eigentums durch die Zahlung der Restraten; der Schuldner hat daher eine dingliche Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums nach Erfüllung der Bedingung. Diese Anwartschaft kann ein Gläubiger, wie jedes andere bedingte Recht, gemäss § 857 Z.P.O. pfänden [1] [2]). Es geschieht dies durch Anlegung von Siegeln; denn zur Uebertragung und ebenso zur Pfändung einer Anwartschaft ist dieselbe Rechtsform nötig, wie zur Uebertragung oder Pfändung des Rechtes selbst.

Damit ist jedoch dem Gläubiger noch nicht geholfen. Er hat zwar jetzt ein Pfandrecht an der Anwartschaft, aber kein Pfandrecht an den Möbeln. Dieses letztere erwirbt er erst, wenn der Schuldner aus dem Anwärter Eigentümer wird, da dann eben entsprechend die Anwartschaft des Pfändungsgläubigers an der Sache zum Pfandrecht erstarkt.

Das Problem spitzt sich also praktisch zu der Frage zu, ob der Gläubiger Schuldner auch zwingen kann, Eigentümer zu werden, ob er insbesondere selbst die Restraten bezahlen kann, um der Interventionsklage des Verkäufers (und dem bösen Willen des Schuldners, der nicht mehr Eigentum erwerben will) vorzubeugen [3]). Das wird dann keine Schwierigkeiten machen, wenn der Schuldner nichts dagegen einwendet, dass der Pfändungsgläubiger für ihn diejenigen Zahlungen an den Veräusserer leistet, von deren Begleichung der Uebergang des Eigentums auf ihn, den Schuldner und Käufer, abhängt. Gemäss § 267 Abs. 2 B.G.B. kann ein Dritter die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Mit der Leistung an den Veräusserer geht das Eigentum an den Schuldner über und der Gläubiger erwirbt jetzt ein Vollpfand an den Sachen [4]).

Widerspricht aber der Schuldner der Leistung durch den Gläubiger, dann darf gemäss § 267 Abs. 22 B.G.B. der Veräusserer die Leistung ablehnen. Hier würde der Veräusserer von einem ihm zustehenden gesetzlichen Rechtc Gebrauch machen und auf diese Weise den Eintritt der für den Eigentumserwerb des Schuldners gesetzten Bedingung vereiteln. Es muss hier neben der Pfän-

---

[1]) Seuff. Arch. 65, 37. O.L.G. 20, 350; Stein zu 857, II, 9.

[2]) Da der Schuldner gegen den Veräusserer nicht einen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums hat, vielmehr das Eigentum mit der Zahlung ohne neues Rechtsgeschäft auf Grund der bei Vertragschluss erklärten bedingten Einigung automatisch übergeht, kann eine Pfändung gemäss § 847 Z.P.O. nicht in Frage kommen.

[3]) Es ist sehr wohl der Fall denkbar, dass der Schuldner mit einem noch so geringen Teilbetrag des Kaufpreises im Rückstand bleibt und so den Kaufgegenstand dem Zugriff des pfändenden Gläubigers entzieht.

[4]) Nimmt der Veräusserer etwa die Leistung durch den Gläubiger nicht an, so gerät er in Annahmeverzug; die Annahmeverweigerung verstösst gegen Treu und Glauben; denn der Eigentumsvorbehalt dient lediglich dazu, ihm die Zahlung des Kaufpreises zu sichern; nimmt er also die ihm angebotene Zahlung nicht an, so muss er sich sagen lassen, dass er den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindere, sodass die Bedingnng gemäss § 162, I als eingetreten gelten würde. Ein Widerspruch stände demnach dem Veräusserer nicht zu. Emmerich a. a. O. Anm. 497. v. Tuhr § 81, Anm. 114.

dung der dinglichen Anwartschaft — durch Anlegung von Siegeln — eine Pfändung der Rechte des Schuldners aus dem unbedingten obligatorischen Vertrag stattfinden, nämlich eine Pfändung des Rechtes auf Uebertragung des Eigentums gegen Zahlung der Restraten; diese Pfändung erfolgt als gewöhnliche Forderungspfändung durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluss.

Erfolgt nun auch diese Pfändung, so ist das in § 267 Abs. 2 B.G.B. vorbehaltene Widerspruchsrecht des Schuldners dem Gläubiger gegenüber unwirksam, denn durch die Pfändung ist dem Schuldner die Verfügung über die Anwartschaft verboten. Die durch den Widerspruch eintretende Vereitelung des Eintritts der Bedingung wäre aber eine Verfügung über das gepfändete Recht zum Nachteil des Gläubigers [1]). Der Schuldner hat also nicht mehr die Möglichkeit auf den Eintritt der Bedingung durch seinen Widerspruch zum Nachteil des Gläubigers einzuwirken.

Lehnt nunmehr der Veräusserer die Zahlung durch den Gläubiger ab, so gilt das auf Seite 84 Anm. 4 Gesagte wieder; ohne beachtliches Interesse würde der Veräusserer den Gläubiger an der Durchführung der Vollstreckung hindern; ein solches Verfahren würde regelmässig gegen Treu und Glauben verstossen, die Bedingung würde also gemäss § 162 B.G.B. als eingetreten zu gelten haben [2]).

Zusammenfassend ergibt sich also: Der Gläubiger kommt stets zum Ziel, wenn er pfändet:

a) die dingliche Anwartschaft auf Eigentum (durch Anlegung von Siegeln),

b) den obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums gegen Zahlung der Restrate (durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluss).

Das ganze Verfahren wird meistens für den Gläubiger nur dann praktischen Wert haben, wenn man ihm gestattet, die Kosten der Zahlung an den Abzahlungsverkäufer (den Veräusserer) als Kosten der Zwangsvollstreckung gemäss § 788 Z.P.O. beizutreiben. Das dürfte aber wohl anzunehmen sein, denn zu den Kosten der Vollstreckung gehören nach §§ 788, 791 Z.P.O. alle Aufwendungen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind. Dazu gehört aber im vorliegenden Falle die Herbeiführung des Eintritts der Bedingung, also die Zahlung der Restraten an den Veräusserer [3]) [4]).

---

[1]) Stein, III, 9 zu § 857; Emmerich, S. 237.

[2]) Ebenso im Ergebnis Stein zu § 857, II 9. O.L.G. 20, 349.

[3]) Die Versteigerung der Anwartschaft als solcher gemäss § 844 Z.P.O. könnte ausnahmsweise zu einem angemessenen Erlös führen — auf einen Schmuck im Werte von M. 1000.— sind noch M. 100.— rückständig — regelmässig wird das aber nicht der Fall sein.

[4]) so v. Tuhr, § 82, Anm. 113; Emmerich, S. 497, Anm. 511; Brecht, S. 326.

IV. Gerichtsstand der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

Nach dem oben aufgestellten Satz, dass alle Fragen, die hinsichtlich der Vollrechte gestellt werden können auch bei der Anwartschaft auftauchen und entsprechend zu entscheiden sind, ergeben sich bezüglich des Gerichtsstandes keine Schwierigkeiten: Die Vorschriften über den Gerichtsstand der Vollrechte gelten entsprechend auch für die hier in Betracht kommenden Gerichtsstände. So ist z. B. der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 Z.P.O.) gegeben, wenn jemand etwa auf Feststellung des Bestehens eines bedingten Kaufvertrages klagt, ebenso wie auch der Gerichtsstand der Erbschaft (§ 27 Z.P.O.) anzuwenden ist, wenn etwa der unter einer Bedingung eingesetzte Vermächtnisnehmer gegen den Erben eine Feststellungsklage erheben will.

Dass auch der Gerichtsstand des Vermögens gegeben sein kann, erhellt aus der oben ausführlich dargelegten Tatsache, dass die Anwartschaft auch sonst als Vermögenwert anerkannt ist. Da eine Forderung des Klägers an den Beklagten, wenn sie nur einen Vermögenswert darstellt, zur Begründung des Gerichtsstandes geeignet ist, und als Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners gilt, müssen die gleichen Erwägungen am Wohnsitz des Schuldners der Anwartschaft einen Gerichtsstand gemäss § 23 Z.P.O. erzeugen [1] [2]).

V. Weitere und Zweifelsfälle.

Es lassen sich noch eine grosse Reihe von Fällen bilden, in denen die Behandlung der Anwartschaft mitunter Schwierigkeiten bereiten wird; grössere Bedeutung dürften aber diese Fragen nicht beanspruchen, ihre Beantwortung wird sich immer aus den oben gefundenen grundlegenden Sätzen über die Rechtsnatur der Anwartschaft ergeben. Die Behandlung aller Fälle würde über den der Arbeit gesteckten Rahmen hinausgehen; es seien lediglich die folgenden erwähnt.

Kann man aus einem durch den Notar aufgenommenen Testament auf Grund eines Heiratsvermächtnisses im Urkundenprozess auf künftige Leistung klagen?

Da die Erhebung der Klage auf künftige Leistung gemäss § 259 Z.P.O. im Urkundenprozess zulässig ist, bestehen m. E. keine Bedenken, die gestellte Frage zu bejahen. Voraussetzung der Klage ist, dass der gesamte Klaggrund urkundlich bewiesen wird; insoweit können also Schwierigkeiten nicht entstehen, da ja auch die nach § 259 Z.P.O. darzutuende Gefährdung der Erfüllung sich auf diesem Wege durch Urkunden beweisen lässt. Ob sich der Eintritt der Bedingung ebenfalls durch Urkunden beweisen liesse, steht hier nicht

---

[1]) Ebenso Stein, Bem. II, 1 zu § 23.

[2]) Man kann also gegen einen Ausländer, der bei einer Berliner Unfallversicherung versichert ist, in Berlin klagen.

zur Untersuchung, da er keine klagbegründende Tatsache für die Klage aus der Anwartschaft auf zukünftige Leistung darstellt; er wäre es lediglich für die Klage aus dem Anspruch, gerichtet auf fällige Leistung [1]). Tritt die Bedingung ein und kann der Eintritt nicht mit den Beweismitteln des Urkundenprozesses nachgewiesen werden, so muss der Kläger beim Uebergang von der Klage auf Feststellung oder künftige Leistung in die Klage auf fällige Leistung zugleich in den ordentlichen Prozess übergehen.

Das Mahnverfahren kann dagegen keine Anwendung finden. Rechtsschutzvoraussetzungen dieses Verfahrens sind u. a. Fälligkeit und Unbedingtheit des Anspruchs: es wird dem Schuldner im Zahlungsbefehl Zahlung binnen einer Woche aufgegeben; dass ist bei der Anwartschaft ausgeschlossen.

Kann jemand Zeugnis verweigern, der sich vorbehaltlich der Zustimmung seines Vaters mit der Beklagten verlobt hat?

Die Vorschrift des § 158 B.G.B. kann hier nicht angezogen werden, da sie nur für Zivilrecht Geltung hat. Für die Beantwortung ist ausschlaggebend, ob ein solches bedingtes Verlöbnis als wirksame Verlobung im Sinne des § 383 Z.P.O. anzusehen ist. Ich möchte die Frage verneinen, doch erscheint die Entscheidung zweifelhaft, da es sich hier nicht um die juristische, sondern die sittliche Bedeutung des Verlöbnisses handelt.

B. Konkursordnung.

Ueber die Behandlung der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb im Konkurs ist folgendes zu sagen:

Hatte der nachherige Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses ein Rechtsgeschäft unter aufschiebender Bedingung geschlossen und tritt die Bedingung erst nach Konkurseröffnung ein, so bleibt als Ausfluss der bestehenden rechtlichen Bindung die Anwartschaft des Berechtigten erhalten; sie hält auch dem Konkurs gegenüber stand. Gemäss § 3 K.O. sind unter Konkursgläubigern zwar nur solche zu verstehen, die einen z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben. Es ist aber oben in der Untersuchung über die Rechtsnatur der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb festgestellt worden, dass durch die willentliche Hinzufügung einer Bedingung ein Anspruch zwar erst mit dem Eintritt dieser gegeben ist, dass aber die zwischenzeitlich vorhandene Anwartschaft einen Zustand schafft, dem gewisse Rechtswirkungen beigelegt sind und der vor allem durch die Tatsache der rechtlichen Bindung der Parteien und die Anerkennung der Anwartschaft als Vermögenswert in Erscheinung tritt. Der Rechtsgrund des Erwerbs ist bereits gelegt, die Vollwirkung des bedingten Geschäfts tritt ohne weiteres Zutun der Parteien ein. Hiermit folgt einerseits, dass die einen

[1]) Ebenso Stein zu § 592, IV.

Vermögenswert darstellende Anwartschaft wie eine wirkliche Forderung zur Konkursmasse angemeldet werden kann, falls nur das bedingt begründete oder übertragene Recht überhaupt beschlagsfähig ist[1]), andererseits auch, dass eine Anwartschaft des Gemeinschuldners auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb in seine Aktivmasse fällt. Diese sich aus der hier vertretenen Auffassung der Rechtsnatur der Anwartschaft als selbstverständlich ergebende Folgerung ist in § 67 K.O. ausdrücklich anerkannt. Es würde aber der Struktur der Anwartschaften und den übrigen Gesetzen widersprechen, wollte die Konkursordnung dem aus der Anwartschaft Berechtigten bereits die Möglichkeit voller Befriedigung gewähren; so wie die Anwartschaft nie zur Befriedigung, sondern immer nur zu Sicherungen führt, bestimmt auch § 67 K.O.: „Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung".

Geltend gemacht wird die Anwartschaft während der Schwebe zu ihrem vollen Betrag[2]). Das Gesetz führt diesen Gedanken noch weiter und gewährt dem bedingt Berechtigten das Stimmrecht für den ganzen Betrag seiner Forderung, solange andere Gläubiger oder der Verwalter nicht widersprechen; auf Widerspruch entscheidet das Konkursgericht unanfechtbar, ob und zu welchem Betrag der Forderung ein Stimmrecht zukommt (§ 96 K.O.). Die Dividende wird während der Schwebe noch nicht ausgezahlt, der Gläubiger hat nur ein Recht auf Sicherung, das in den §§ 154, 156, 168 Nr. 2 und 169 im einzelnen geregelt ist. Erwähnt sei hier die Bestimmung des § 154 Abs. 2 K.O., inhaltlich derer die Berücksichtigung bei der Schlussverteilung dann ausgeschlossen ist, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, dass die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. Bereits zurückbehaltene Anteile werden in diesem Falle wieder frei (§§ 156, 171 K.O.).

Die bisherigen Ausführungen gelten in gleichem Maasse auch für gesetzliche Bedingungen; so würde in dem oben erwähnten Falle des § 717 Z.P.O.[3]), wenn vor dem Konkurs kraft vorläufiger Vollstreckbarkeit eine Forderung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners beigetrieben worden ist, der durch Aufhebung dieses Urteils bedingte Anspruch des Gemeinschuldners auf Schadenersatz oder Rückgewähr der Bereicherung ein zur Maasse gehörendes Forderungsrecht darstellen[4]).

Besonderheiten ergeben sich aus der Vorschrift des § 7 K.O. dann, wenn der Eintritt der Bedingung durch eine Rechtshandlung

---

[1]) R.G. 52, 51; 69, 421; v. Tuhr, I S. 184; Planck § 158 Anm. 2 Staudinger § 158 Anm. 11; Jäger § 1 Anm. 57; a. M. Langheineken S. 63, 83; Hellmann S. 139.

[2]) Die Anmeldung der Forderung hat nicht uneingeschränkt, sondern als „aufschiebend bedingt" zu erfolgen; der Feststellungsvermerk lautet zweckmässig als „aufschiebend bedingt i. S. des § 67 festgestellt". Vergl. Jäger § 67 Anm. 2.

[3]) Vergl. oben S. 81 ff.

[4]) R.G. 39, 107; 85, 219

(Tun oder Unterlassen) des Gemeinschuldners herbeizuführen ist. Da nach dem Inhalt dieser Bestimmung Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, kann die auf solche Weise herbeigeführte Erfüllung der Bedingung eine Konkursforderung nicht erzeugen.

Eine solche Forderung muss daher, da von vornherein feststeht, dass die Bedingung in einer für die Konkursmasse nachteiligen Weise nicht erfüllt werden kann, vom Begriff der Konkursforderung ausgenommen werden; eine Sicherstellung bei der Schlussverteilung nach Maassgabe der §§ 154, 156, 168 Nr. 2 und 169 würde eine unzulässige Beschränkung der Masse bedeuten [1]).

Die Weiterführung des Gedankens der Sicherstellung bedingter Forderungen im Konkurs führt zu der Vorschrift des § 54 K.O., inhaltlich dessen die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch bedingt waren: „Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt". Die Aufrechnungsmöglichkeit ist für den Gläubiger erst gegeben im Augenblick des Eintritts der Bedingung, mag nun dieser während des Konkurses oder erst später erfolgen; daraus folgt für den Gläubiger die Verpflichtung, seine fällige Schuld ohne Rücksicht auf die Möglichkeit späterer Aufrechnung zunächst zur Konkursmasse einzuzahlen. Diese Zahlung ist jedoch eine „bedingte"; es soll ihm die Möglichkeit der künftigen Aufrechnung gewahrt bleiben. Um dies zu erreichen, kann der Gläubiger vom Konkursverwalter Sicherstellung aus der Masse verlangen derart, dass ihm der einzuzahlende Betrag in der vollen Höhe seiner bedingten Forderung bei späterer Aufrechnung zurückerstattet werde [2]).

C. Zwangsversteigerungsgesetz.

Die Zwangsversteigerung ist eine Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§ 866 Z.P.O); sie bezieht sich daher nur auf Grundstücke und Schiffe. Da nach der hier vertretenen Ansicht Anwartschaften auf aufschiebend bedingten Erwerb von Rechten an Grundstücken nicht möglich sind, kann auch das Gesetz über die Zwangsversteigerung nicht in Frage kommen.

Wiederholt allerdings spricht das Gesetz [3]) von bedingten Rechten und ihrer Behandlung; es handelt sich hier aber nicht um bedingte Rechte, die eine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb erzeugen, sondern lediglich um solche, die in ihrem Umfange noch nicht feststehen, also etwa eine zum Höchst-

[1]) Vergl. R.G. 59, 53; Jäger § 3 Anm. 15.
[2]) Vgl. Jäger, § 54, Anm. 6.
[3]) Z. B. §§ 48, 50, II 1, 119, 120 Z.V.G.

betrag eingetragene oder eine Sicherungshypothek [1]). Auch bei diesen Rechten entsteht zwar eine Anwartschaft, aber keine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb.

D. Stempel- und Steuerrecht.

Es ist bereits bei der Betrachtung des Vermögenswertes der Anwartschaft darauf hingewiesen worden, dass die Behandlung der Anwartschaft in den Steuergesetzen eine besondere Regelung erfahren hat. Es soll hier im einzelnen gezeigt werden, welcher Art diese Behandlung in den verschiedenen Gesetzen ist. In Betracht kommen naturgemäss nur die Vermögensabgaben, nicht die Einkommensteuern, Umsatzsteuern usw.; das suspendiv bedingte Recht kann nur Vermögensbestandteil, nicht Einkommenbestandteil sein, da erst durch den Eintritt der Bedingung die bis dahin bedingte Forderung in das Einkommen des Berechtigten fliesst; bedingtes Einkommen ist eben in Wirklichkeit noch kein Einkommen [2]). Massgebend für die Veranlagung ist aber der Bestand der einzelnen Einkommenquellen bei Beginn des Steuerjahres [3]).

Die Bestimmungen des Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Juni 1906 sind bereits oben erwähnt; ihrem Inhalt nach unterliegt Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, der Besteuerung erst beim Eintritt der Bedingung; auf Verlangen muss jedoch bereits vorher Sicherheit geleistet werden. Resolutivbedingungen andererseits bleiben zunächst unberücksichtigt; tritt die Bedingung ein, so wird die zuviel gezahlte Steuer zurückerstattet [4]). Das Besitzsteuergesetz bestimmt [5]) „Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, bleibt bei der Feststellung unberücksichtigt". Die gleiche Bestimmung enthält das Kriegssteuergesetz vom 21. Juni 1916 in § 1: „Abgabepflichtiger Vermögenszuwachs . . . . ist . . . . der nach den Vorschriften des Besitzsteuergesetzes festgestellte Vermögenszuwachs." Gleiche Vorschriften finden sich auch in dem Gesetz über den Wehrbeitrag [6]).

Die Behandlung der Anwartschaft in diesen beiden letztgenannten Gesetzen, die sie überraschender Weise während der Schwebezeit als Vermögenswert überhaupt nicht berücksichtigen, lässt sich nur so erklären, dass man aus steuertechnischen Gründen bei diesen einmaligen Ausnahmegesetzen verwickelte Verrechnungen vermeiden

[1]) Vgl. Güthe, Bem. 2 zu § 48 Z.V.G.

[2]) Rechte und Lasten, insbesondere Kapitalforderungen und Schulden, die von einer noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung abhängig sind, bleiben ausser Betracht. O.V.G. V, 332.

[3]) Preuss. Eink. St. G. v. 19. 6. 06, § 9.

[4]) §§ 21, 22 a. a. O.

[5]) Besitzsteuergesetz v. 3. 7. 13 § 42.

[6]) Ges. über den Wehrbeitrag vom 3. 7. 13 §§ 26, 27.

wollte Denn da die Anwartschaft einen unter Umständen erheblichen Vermögenswert darstellt, würden diese Bestimmungen sonst als der Steuergerechtigkeit zuwiderlaufend nicht zu halten sein.

Der Anspruch auf ein Mitgiftvermächtnis z. B. kann den Hauptvermögenswert der Bedachten ausmachen, ebenso wie auch der Rückkaufswert einer Lebensversicherungspolice einen erheblichen Vermögensbestandteil des Berechtigten bilden kann.

Zu betrachten bleiben noch die Stempelgesetze: Das Reichsstempelgesetz vom 3. Juni 1913 bestimmt im § 19: „Bedingte Rechtsgeschäfte gelten in Betreff der Abgabepflicht als unbedingte." Im Abschnitt Grundstückübertragung, § 85: „Für die Steuerpflichtigkeit ist die Hinzufügung von Bedingungen . . . . ohne Bedeutung."

Die der im letzten Abschnitt erwähnten entgegengesetzte Behandlung der bedingten Geschäfte, die hier wie unbedingte der Stempelpflicht unterliegen, erklärt sich aus der Natur der Abgabe als eines Urkundenstempels, welcher mit der Vollendung der Urkunde fällig geworden ist" [1]).

G. Ueber verschiedene Arten von Anwartschaften.

Schwebezustände sind in zweierlei Art denkbar: Der Schwebezustand kann sich auf die Frage des Eintritts oder Nichteintritts eines Rechtserwerbs, d. h. auf das Dasein des Rechtes selbst beziehen, es kann aber auch die Frage in der Schwebe sein, wem das Recht zustehe. Ein Beispiel für den letzten Fall, den die römischen Juristen in musterhafter Klarheit entwickelt haben [2]), ist L. 43 § 2 D. de adquirendo rerum dominio 41, 1 (Gajus): Cum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit et ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquiserit.

Schwebezustände sind ausserordentlich häufig: So entsteht ein Schwebezustand z. B. bei dem Vorkauf (§ 504), Wiederkauf (§ 497), der Anwartschaft des nasciturus (§ 1923), der Anwartschaft aus einer nicht formgerechten Schenkung oder einem nicht formgerechten Grundstückskaufvertrag für den Fall der Nachfolge des Erfüllungsgeschäfts (§§ 518, 313), der Anwartschaft einer Stiftung aus einer noch nicht genehmigten Zuwendung über M. 5000.—, der Anwartschaft des Angestellten auf Ruhegeld (§ 20 V.A.G.), schliesslich auch in dem bereits erwähnten Fall des § 717 Abs. 2 Satz 2 Z.P.O., inhaltlich dessen der Beklagte seinen in der Schwebe befindlichen Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreit geltend machen kann.

[1]) Greiff, Reichsstempelgesetz zu § 85 1.

[2]) Enneccerus, § 43, Anm. 5.

In allen diesen Fällen entstehen Schwebezustände, die aber von der hier behandelten Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb abweichen. Nach der hier durchgeführten Methode musste die Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb aus den Vorschriften erkannt werden, die das Gesetz speziell für sie gibt, indem aus diesen Vorschriften heraus ihre Rechtsnatur untersucht und jede einzelne Rechtsfrage geprüft wurde. Das war deshalb notwendig, weil jede Anwartschaft als etwas Singuläres zu betrachten ist, das nur aus seinen besonderen Normen, seinem besonderen Sinn und Zweck erkannt werden kann. Es muss daher als verfehlt betrachtet werden, eine gemeinsame Theorie aller Anwartschaften aufzustellen [1]).

Es gibt Anwartschaften, die der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb sehr nahe verwandt sind, so z. B. die Anwartschaft der Stiftung auf die noch nicht genehmigte Zuwendung, wieder andere, die ganz anders geartet sind, so die Anwartschaft des Angestellten auf Ruhegeld. Die Verschiedenheit der Anwartschaft ist aber nicht immer im inneren Aufbau begründet, sie kann auch in den für sie geltenden Normen bestehen. So ist z. B. die während des Prozesses laufende Anwartschaft auf den Kostenerstattungsanspruch der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb sehr ähnlich, man könnte fast sagen, der „Anspruch" sei „bedingt" durch das Gewinnen des Prozesses. In der Tat bestehen aber für diesen Anspruch eine ganze Reihe von Sondervorschriften, insbesondere über Geltendmachung (Kostenfestsetzungsverfahren) und etwaige Sicherstellung (§§ 274, 110, 271 Z.P.O.).

Einige der genannten Anwartschaften sollen im folgenden kurz mit der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb verglichen werden:

1. Die Anwartschaft aus einem nicht der Form des § 313 B.G.B. entsprechenden Grundstückskaufvertrag erzeugt nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes keine rechtliche Bindung; im Sinne des Gesetzes stellt sie daher auch keinen Vermögenswert dar [2]). Für den „Käufer" entsteht während der Schwebe — d. h. während der Zeit von Abschluss des Vertrags bis zu der durch Auflassung erfolgenden Konvalescenz — keinerlei Anspruch; eine Sicherbarkeit kann daher nicht in Frage kommen. Wird die Auflassung vorgenommen, so tritt die Konvalescenz durch die Eintragung ein.

2. Anwartschaft des nasciturus auf die Erbschaft. Prüfen wir diese Anwartschaft bezgl. der Anwendbarkeit der bei der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb erkannten Rechtswirkungen, so ergibt sich folgendes: Es besteht bereits eine rechtliche Bindung; das ergibt sich aus §§ 1912, 1923, 1963 und insbesondere aus der Vorschrift des § 2043 B.G.B., inhaltlich derer eine Auseinandersetzung während der Schwebe ausgeschlossen ist.

[1]) So Semeka, Arch. f. bürg. Recht 35, 121.

[2]) Dass die Anwartschaft de facto einen Vermögenswert darstellen kann wenn nämlich der „Verkäufer" als anständiger Mensch trotz der mangelnden, Rechtspflicht auflassen wird, ist klar.

Die Anwartschaft ist weiter auch der Sicherung fähig; das ergibt sich aus § 1912 B.G.B, nach dem die Bestellung eines Pflegers für die Leibesfrucht zur Wahrung der künftigen Rechte zulässig ist, „soweit diese einer Fürsorge bedürfen". Hieraus folgt, dass eine Fürsorge d. h. eine Sicherbarkeit dieser Rechte, sei es durch einen ad hoc bestellten Pfleger, sei es durch die Mutter, möglich ist. Dass die Anwartschaft einen Vermögenswert darstellt, ergibt sich aus diesen Erwägungen. Die Anwartschaft konvalesciert durch die Geburt, sie stirbt ab durch Fehlgeburt. Trotz der Anwendungsmöglichkeit der der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb eigentümlichen Rechtswirkungen ist diese Anwartschaft keine Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb, da keine willentlich gesetzte Bedingung vorliegt; eine Anwendung der §§ 160 und 162 B.G.B. könnte für diese Anwartschaft auch nicht in Frage kommen.

3. Anwartschaft der Stiftung auf Zuwendung über M. 5000.— vor der Genehmigung scheint der Anwartschaft auf aufschiebend bedingten Rechtserwerb nahe verwandt: rechtliche Bindung des Zuwendenden besteht, Vermögenswert der Anwartschaft ist ebenfalls vorhanden. Die gemäss Art. 86 E. G. B.G B. den landesgesetzlichen Vorschriften überlassene Genehmigung ist jedoch eine condicio juris; diese Anwartschaft ist daher ihrem Inhalt nach der hier behandelten zwar ähnlich, ihrer Konstruktion nach aber gänzlich anders geartet.

4. Schwierigkeiten bereitet die Anwartschaft auf den Kostenerstattungsanspruch, d. h. den Anspruch an den unterliegenden Gegner auf Erstattung der entstandenen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten. Man könnte sagen, dass der Erstattungsanspruch bereits bei dem Verfall der Gebühr, d. h. bei Einreichung der Klage, der mündlichen Verhandlung usw. entstehe, dass das demnächst ergehende Urteil nur deklaratorisch wirke; lediglich durch die Vorschriften über das Kostenerstattungsverfahren sei aber die Geltendmachung des entstandenen Anspruchs bis zur Festsetzung der Kosten in diesem Verfahren hinausgeschoben. Für diese Meinung lässt sich folgendes Argument anführen: Zahlt der Beklagte die Klagesumme in der Zeit zwischen Klageeinreichung und Zustellung der Klage, so ist der Kläger gezwungen, die Klage zurückzunehmen und die entstandenen Kosten unter dem Gesichtspunkt des Verzugs in besonderer Klage geltend zu machen. Wann soll in diesem Falle der Anspruch entstanden sein, wenn nicht durch Einreichung der Klage?

Man kann aber auch sagen, — und das ist wohl die herrschende Meinung — der Anspruch entsteht erst durch das Urteil bezw. durch den Kostenfestsetzungsbeschluss [1]). Bis zu diesem besteht dann zwar keine bedingte Anwartschaft auf den Kostenersatz, weil diese Bedingung keine solche im Rechtssinne wäre [2]), wohl

[1]) Stein, Vorbem. II, 4 vor § 91.

[2]) Derselbe, Sächs. Archiv f. Rechtspfl. 4, 5.

aber von der Erhebung der Klage an eine Anwartschaft auf Kostenersatz, „vergleichbar der des Eigentümers auf den Erwerb der künftigen Eigentümerhypothek". Diese Anwartschaft ist kraft positiver Vorschrift der Sicherung fähig (§ 110 Z.P.O.), sie ist vererbbar, übertragbar und wird im Konkurse des Schuldners berücksichtigt [1]).

5. Eine weitere Anwartschaft enthält das V.A.G.; § 21 bestimmt: „Ruhegeld erhält, wer die Berufsunfähigkeit oder das gesetzliche Alter nachweist, sowie die Wartezeit erfüllt und die Anwartschaft aufrechterhalten hat" [2]).

Die hier genannte Anwartschaft hat mit der in Arbeit behandelten Berührungspunkte insofern, als sie rechtliche Bindung erzeugt und einen Vermögenswert darstellt; eine Sicherbarkeit besteht aber nicht. Während der Schwebe besteht daher hier nur ein Zustand des Versichertseins, ein Anspruch entsteht erst nach Beendigung der Schwebe.

---

[1]) Stein a. a. O. R.G. 52, 332 ff.

[2]) Nämlich durch Zahlung der Beiträge (§ 49 V.A.G.)